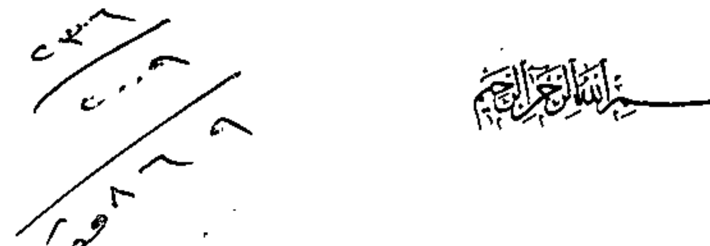


بسم الله الرحمن الرحيم

الجامعة الأردنية
كلية الدراسات العليا

معين الحكام

للامام علاء الدين الحنفي

القسم الثاني من الكتاب ـ انواع

البينات وما يتنزل منزلتها ويجري مجراها

(دراسة وتحقيق)

مقدّمة من الطالب
واصف عبد الوهاب داري البكري
اشراف
الاستاذ الدكتور/ محمد عقلة الإبراهيم

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القضاء الشرعي بكليّة الدراسات العليا في الجامعة الأردنية.

كانون اول / ١٩٩٢

نوقشت هذه الرسالة بتاريخ ٣٠/١٢/١٩٩٢م وأجيزت.

تألفت لجنة المناقشة من :

١- الاستاذ الدكتور محمد عقلة الإبراهيم مشرفاً

٢- الاستاذ الدكتور ياسين درادكة عضواً

٣- الدكتور يوسف علي محمود عضوا

اهـــــــداء

إلى:

- نورين يتلألآن في حياتي، لا أدري أيهما يسبق الآخر.

والدي.... ضـيـاء سـبـيلي، الذي زرع فيّ... أن العلـم الشـرعي مكرمة تتوارث .... من ضيعـها ضاعت مكارمه،والذي طلب مني.... أن أسيـر على نهج أجدادي،خاصـة جدي الشيخ داري البكري رحـمه الله في تلقي العلم الشرعي وتحصيله

والدتي.... ضياء عمري،ولعلي أكون حسنة في مجموع أعمالها.

- شقيقي الأكبر: وهيب....

- باقي أفراد أسرتي.....

- اليهم أهدي عملي هذا.... وبصحبتهم رجال قد عرفتهم باعوا الدنيا لأجل الآخرة.......

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــة المحقـــق

الحمد لله رب العـالمين، مظهر الحق المبين، ومشرع قواعـد الدين، لإحقاق الحق، وإقامة العدل بين الناس أجـمعين، والصلاة والسلام على سيدنا مـحمد الهادي الأمين، والمبـعوث رحمـة للعـالمين، رافع راية الحق والدين، وآله وأصحـابه الغر الميـامين، ومن تبعهم بإحسان إلىٰ يوم الدين.

أما بعد ، ،

فإن أحكام البـينات في الشريعة الإسلامـية، هي معالم الحق، ومظهـرات العدل، اللذين ما أتى التشريع إلا ليقيمها، وقد غديا أهم ميزة من ميزات هذه الشريعة.

ولما كان لموضوع أحكام البينات هذه المكانة العظيمـة، فقد نال من اهتمام العلماء، والفقـهاء، الشيء الكثير، وبذلوا في سبـيل تجليته الوقت والجـهد الوفير، وحـرصاً مني على متابعـة مسيرتهم المباركـة، ومواصلة خطواتهم الخيّرة، رغبت أن أحـصل على أكبر قسط من هذا العلم، فرأيت أن أجعل رسالتي لإستكمال مـتطلبات نيل درجة الماجستير في هذا الموضوع الهام، ورأيت أن خـير ما ييسر لي هذا الأمر، ويلبي هذه البـغية، هو تحقيق هذا الموطن من أحد كتب الفقه التي عنيت بهذا الجانب من التشريع الإسلامي.

وقد هيـأ الله بفضله وتوفـيقه أن أقف على هذا الموضـوع في كتـاب «معين الحكام فيمـا يتردد بين الخصمين من الأحكام»: تصنيـف الإمام أبـي الحسن علاء الدين علي بن أبي ا لبـركات غـرس الدين خليل الطرابلسي الحنفي (كـان حـياً سنة ٨٤٤هـ). مـشكلاً القسم الثـاني منه، فبادرت إلى اختـيار هذا الموضوع ليكون مـحلاً لدراستي، وموضـعاً لبحثي وتحقيقي.

هذا وقد هيأ الله سبحانه وتعالى خروج القسمين الأول، والثالث من هذا الكتاب محققين بجهد من زميلين هما الأخ: محمد عبد الجواد حجازي النتشة، والأخ: مختار عيسى سليمان مصطفى.

وبهذا تكون مهمتي استمراراً لمهمتيهما، وتعاضداً بين جهودنا في خروج هذا الكتاب متكاملاً إلى عالم النور، والتداول، فتعم به الفائدة، ويصان عن التعرض للبتر والتجزئة التي تغض من فائدته.

ولا يتردد باحث منصف في الحكم بتقدم هذا القسم من الكتاب بعملي فيه، لما يراه من ضبط نصٍ، وتعليقٍ وتوضيحٍ، واستدلالٍ، وتوثيق، لا يتحقق إلا بمزيد جهد، وكثير تعب، خاصة مع ما لهذا الكتاب من طبيعة متميزة، فهو في بعض أجزائه فقه مالكي ألبس ثوب الفقه الحنفي، فكان لزاماً عليّ أن أغوص في بطون عدد كبير من كتب فقه الحنفية، لكي أخلص إلى نتيجة مفادها أن هذه المسألة، أو ذاك الفرع من الفقه الحنفي، أو ليس منه، ولا يوجد له نظير فيه، بل هو فقه مالكي، حتى يكون القارىء على بينة من أمر هذا الكتاب، فلا يقع في اللبس والخلط، خاصة، وأني قد وجدت بعض أهل العلم يتعاملون مع هذا الكتاب على أنه حنفي صرف، فيلجأون إليه لمعرفة رأي المذهب في المسألة التي يبحثون عنها.

أسباب اختيار الموضوع:

يرجع اختياري لتحقيق القسم الثاني من كتاب، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام لعلاء الدين الطرابلسي الحنفي (كان حياً سنة ٨٤٤ هـ)، وهو قسم البينات إلى عدة أسباب أجملها فيما يلي:-

١- الأهمية الخاصة للكتاب موضوع البحث، ففي عملي على تحقيق هذا الكتاب أقوم باسهام متواضع في إخراج كتاب إشتدت الحاجة إلى تحقيقه، لما له من الشهرة والأهمية في موضوعه، ومن ثم فإن تحقيقه تحقيقاً علمياً منهجياً خدمة

له بخاصة، وللفقه الإسلامي بعامة.

٢- فقدان الكتاب من الأسـواق، فهذا الكتاب على ما له من أهميـة تجعل الحاجة إليه ملحة، فإنه لا يتـوفر بين يدي أهل العلم، فقـد طبع أكثـر من مرة دون عناية أو تحـقيق، وجمـيع هذه الطبـعـات نافذة، رغـم الطلب الملح من أهل العلم. ففي تحقيقه تلبية لحاجة أهل العلم والاختصاص في الحصول على هذا الكتاب، والإنتفاع بمعلوماته القيّمة.

٣- أهمية عملية التحقيق ورغبتي الذاتية فـيها، فقد وجدت من نفسي ميلاً لعملية التحقيق، مذ شققت طريقي في ا لدراسـات العليا، وألفيت أن من مقتضيات هذه الدراسة اختيار موضوع أستكمل به متطلبات نيل درجة الماجستير، وذلك ايماناً مني بما للتـحقيق من إضـافة علميـة حقيـقية للمـعرفة، بدلاً من اجـترار موضوعات إسـتوفيت معالجـة، وبحثاً، ونظراً لما يكسب التحقيق صـاحبه من الجلد العلمي، وتحري الدقة، والتثبت من المادة المحققـة نسبة وموضوعاً، وما إلى ذلك مما لا غنى عنه لمن نصب نفسه للتصدي للعلم والبحث.

المحقق

واصف عبد الوهاب البكري

منهجي في الدراسة والتحقيق والتعليق

سلكت في دراستي وتحقيقي، وتعليقي على القسم الثاني من «معين الحكام» الطريق التالي:

أولاً: عملي في ضبط النص والتحقيق:

إتبعت في ضبط النص منهجاً توفيقياً على خمس نسخ من «معين الحكام» منها ثلاث نسخ خطية، ونسختان مطبوعتان حيث:-

١- قمت بنسخ القسم الثاني من «معين الحكام» من نسخة مكتبة الأوقاف العامة/ بغداد وقد رمزت لها بالرمز (أ) وذلك لما يلي:

أ- أنها أقدم نسخة خطية للكتاب فيما أعلم.

ب- الخط جيد جداً، وهو مقروء بسهولة.

ج- النسخة كاملة، ليس فيها سقط من الأوراق.

د- انها مصححة بعد النسخ، وعلامة ذلك وجود بعض التصحيحات على هامشها.

هـ- انها قليلة التصحيفات، والأخطاء.

٢- قمت بمقارنة ما نسخته بالنسخ الخطية، والمطبوعة الباقية.

٣- قمت بمقارنة القسم الثاني من «معين الحكام» بكتابي «تبصرة الحكام لابن فرحون» و«جامع الفصولين لابن قاضي سماونة» مقارنة تامة للعلاقة الواضحة بين «معين الحكام» في قسمه الثاني، وهذين الكتابين، كما سيأتي بيانه.

٤- بعد أن حصل لديّ كم من الفروق من جراء المقارنات نظمتها بين المتن

والحاشية (الهامش) على النحو التالي:

أ-وضعت الصواب في المتن من أي نسخة حصل عندي من النسخ الخمس، ووضعت ما عداه في الحاشية مبتدءاً باللفظ الصواب بين قوسين، ثم تسمية النسخ التي عليه، ثم النسخ المخالفة، واللفظ المخالف.

ب- إذا حصل لدي الصواب من «تبصرة الحكام» أو «جامع الفصولين»، وكان إثبات النص من أي نسخة من النسخ الخمس لمعين الحكام، يحدث خللاً، وعدم استقامة في المعنى، وضعت لفظ نسخة (أ) في المتن، ثم أجريت الفروق في الحاشية على منهجي، منوهاً بالصحيح بعدها من الكتابين المذكورين.

ج- التزمت جانب نسخة (أ) بوضعها في المتن مع تساوي العبارات، واحتمالها جميعاً دون مرجح، وأنحيت باقي النسخ في الحاشية على أنها فروق.

د- نسخت المخطوط وفق قواعد الإملاء الشائعة الآن، كما أسقطت الفروق القليلة الأهمية، وقلب الهمزة ياء ...... الخ.

ثانياً: عملي في التعليق

١- خرجت الآيات من القرآن الكريم، وشكلتها شكلاً تاماً.

٢- خرجت الأحاديث النبوية الشريفة، وآثار الصحابة والسلف، من مظانها تخريجاً مناسباً مراعياً الحكم على الأسانيد.

٣- ترجمت للأعلام الوارد ذكرهم في نص الكتاب، ما لم يكن العلم قد ترجم له في القسم الأول، أو هو من الظهور بمكان بحيث لا يحتاج إلى ترجمة له.

٤- عرفت بالكتب التي ذكرها المصنف في نص الكتاب.

٥- تابعت الطرابلسي فيما قام به من تبديل لأسماء فقهاء المالكية بعبارات موهمة أخفى فيها هذه الأسماء، وذكرتها في الحاشية من تبصرة الحكام.

٦- إعتنيت بالوصول إلى مصادر الطرابلسي التي صرح بالنقل عنها - قدر الإمكان - وتثبيتها في الحاشية مع الجزء والصفحة.

٧- وضحت المفردات الغامضة، والتراكيب الموهمة، والمصطلحات التي تحتاج إلى بيان.

٨- علقت في الحاشية بما يلزم فقهياً، ودعمت النص بالأدلة التي إستدل بها فقهاء الحنفية في كتبهم ، وأثبت تصحيحات وإفادات يحتاجها النص، وإلا اكتفيت بالتوثيق.

٩- وضعت في آخر الكتاب مجموعة من الفهارس تيسيراً للإستفادة منه، كانت على النحو التالي:-

أ- فهرس الآيات القرآنية

ب- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة

ج- فهرس الآثار

د- فهرس الأعلام، والقبائل، والطوائف.

هـ- فهرس الكتب الواردة في النص.

و- فهرس الأماكن الواردة في النص.

ز- فهرس المراجع والمصادر.

ح- فهرس محتويات الكتاب.

ثالثاً: عملي في الدراسة:

لما كان عملي في تحقيق هذا الكتاب إستمراراً لمهمة زميل قد سبقني اليه، وهو الأخ محمد عبد الجواد النتشة، فقد رأيت ترك الإشتغال بدراسة عن المصنف، وعن توثيق نسبة الكتاب اليه إلى ما ذكره الأخ محمد النتشة، حيث إن دراسته جاءت في هذا الجانب مستوفية للموضوع خاصة مع ندرة المعلومات المتوفرة حولها.

أما الدراسة التي قمت بها، فهي الدراسة المتعلقة بالكتاب في ا لقسم الثاني منه، والتي جاءت معتمدة على ما خلصت إليه من خلال تحقيقي لهذا القسم.

خطة البحث

ينقسم البحث إلى قسمين:

القسم الأول: قسم الدراسة

القسم الثاني: قسم التحقيق والتعليق.

القسم الأول: قسم الدراسة

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: دراسة الكتاب من خلال القسم الثاني منه.

المطلب الأول: علاقة «معين الحكام» بـ «تبصرة الحكام» لابن فرحون.

المطلب الثاني: علاقة «معين الحكام» بـ«جامع الفصولين» لابن قاضي سماونة.

المطلب الثالث: دراسة الكتاب في ضوء مذهب الحنفية.

المبحث الثاني: موارد الطرابلسي التي صرح بها في كتابه والتعريف بها.

القسم الثاني: في التحقيق والتعليق

في أنواع البيّنات، وما يتنزل منزلتها، ويجري مجراها

وقد ترسمت فيه خطى المؤلف في تقسيمه لهذا القسم إلى أبواب بلغت إحدى وخمسين باباً، أوردها على النحو التالي:-

الباب الأول: في القضاء بأربعة شهود.

الباب الثاني: في القضاء بشاهدين لا يجزىء غيرهما.

الباب الثالث: في القضاء بشاهدين، أو شاهد وامرأتين.

الباب الرابع: في القضاء بالبيّنة التامة مع يمين القضاء.

الباب الخامس: في القضاء ببيّنة المدعي بعد فصل القضاء بيمين المدعى عليه.

الباب السادس: في القضاء بقول رجل بانفراده.

الباب السابع: في القضاء بقول امرأة بانفرادها.

الباب الثامن: في القضاء بالنكول عن اليمين، وعن حضور مجلس الحاكم، وبيان المواضع التي يجب فيها إجابة دعوة الحاكم، وما لا يجب فيه الإجابة.

الباب التاسع: في القضاء ببيّنة الخارج على ذي اليد، إذ أقاما البيّنة، وفي تاريخ الدعوى والشهادة.

الباب العاشر: في القضاء بالتحالف من الجهتين.

الباب الحادي عشر: في القضاء بأيمان اللعان.

الباب الثاني عشر: في القضاء بشهادة بعض أصحاب الحق

وبعد،،

فهذه بضاعتنا مزجاة، فإن أحسنت فمن الله، وإن أسأت فمن نفسي، ومن الشيطان وحسبي أني قد بذلك جهدي، واستفرغت وسعي، فاسأل الله تعالى أن يجعل عملي هذا خالصاً لوجهه، ومتجرداً لخدمة شريعته، وأن يرزقني الصدق في العزيمة، والمضاءة في الهمة. وأن يجعل عملي هذا في صحيفة أعمالي، يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم، وسبحان ربك ربّ العزة عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين.

شكـــــر وتقديـــــر

● ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بجزيل الشكر، وعظيم الامتنان، إلى الأستاذ الدكتور محمد عقلة الإبراهيم عميد كلية الشريعة/جامعة اليرموك. لما أولانيه من سديد رأيه، وخصنيه من غالي وقته، وحلمه على طول المشوار والصحبة. فجزاه الله عني خير الجزاء.

● كما أتقدم بجزيل الشكر للأستاذين الكريمين

فضيلة الأستاذ الدكتور: **ياسين دراذكة : عميد كلية الشريعة/ الجامعة الأردنية.**

فضيلـــة الدكتـــور: **يوسف علي محمود: كلية الشريعة/ الجامعة الأردنية.**

لتفضلهما بقبول مناقشة هذه الرسالة، فجزاهما الله خيراً، وبارك فيهما.

● كما وأتقدم بالشكر للهيئات التالية: برؤسائها، وموظفيها، والقائمين عليها:

كلية الشريعة/ الجامعة الأردنية

مكتبة الجامعة الأردنية

مركز المخطوطات والوثائق/ الجامعة الأردنية

مكتبة الجامعة الإسلامية/ المدينة المنورة

مكتبة الأوقاف العامة/ بغداد

● كما وأتقدم بالشكر الجزيل لكل من مدّ لي يد العون والمساعدة، وأخص بالذكر:

- الأخ محمد عبد الجواد النتشة.
- الأخ محمد وسيم البكري.
- الأخ عادل الشروف.

القســـم الأول

قســم الدراســة

المبحث الأول: دراسة الكتاب من خلال القسم الثاني منه

المبحث الثاني: موارد المصنف التي صرح بها في كتابه، والتعريف بها.

المبحث الأول

دراسة (معين الحكام) في القسم الثاني منه.

المطلب الأول: علاقة (معين الحكام) بـ (تبصرة الحكام).

المطلب الثاني: علاقة (معين الحكام) بـ (جامع الفصولين).

المطلب الثالث: دراسة (معين الحكام) في ضوء مذهب الحنفية.

المطلب الأول

علاقة (معين الحكام) بـ (تبصرة الحكام) لابن فرحون

بات من المعلوم عند أهل العلم والاختصاص، أن ثمة علاقة جامعة بين كتابي (معين الحكام) للطرابلسي، و«تبصرة الحكام» لابن فرحون المالكي، وأن هذه العلاقة تقوم على إستفادة صاحب (معين الحكام) من (تبصرة الحكام)، وأن هذا القول هو حقيقة علمية مقررة مستندة إلى استدلالٍ ونظر.

ولكنني سأغض الطرف عن البحث في إقامة الأدلة على هذه الحقيقة، محيلاً القارئ الكريم إلى ما كتبه الزميلان محمد عبد الجواد النتشة، ومختار عيسى سليمان في دراستيهما للقسم الأول، والثالث من هذا الكتاب، ففي ما كتباه تحقيق للبغية، وإثباب للمراد، فلا فائدة من تكرار ما قد قرراه.

وأما عن دراستي في هذا المقام، فستكون منحصرة في بيان حجم هذه الإستفادة في القسم الثاني من الكتاب، وبيان طبيعة وملامح هذه الإستفادة، فأقول وبالله التوفيق.

أولاً: حجم إستفادة (معين الحكام) في القسم الثاني منه من (تبصرة الحكام) في القسم الثاني:

وللوقوف على حجم هذه الإستفادة، أجدني مضطراً بالتمهيد لهذا الأمر بما يلي:

أ- أن القسم الثاني من الكتابين جاء مقسماً على أبواب. إلا أن هنالك اختلافاً في عدد أبواب كل منهما، فقد جاء في (تبصرة الحكام) في سبعين باباً، بينما هو في (معين الحكام) في واحد وخمسين باباً.

ب- هنالك أبواب عقدت في (معين الحكام) ولم يكن لها ذكر في تبصرة الحكام، وعددها واحد وعشرون باباً، هي:-

الباب السادس والأربعون: في القضاء بانواع الضمانات الواجبة، وكيفيتها، وتضمين الأمين، وبراءة الضمين.

الباب السابع والأربعون: في القضاء بأحكام السكوت.

الباب الثامن والأربعون: في القضاء بما يمنع عنه، وفيما لا يمنع، وفيما يحل فعله، وفيما لا يحل.

الباب التاسع والأربعون: في القضاء بالحائط المتنازع فيه.

البـــاب الخمســـون: في القضاء بكلمات الكفر.

ج- هنالك أبواب عقدت في «تبصرة الحكام» ولم يستفد منها صاحب «معين الحكام» على الإطلاق لا في العنوان، ولا في المضمون، وعددها أربعون باباً، وهي على النحو التالي:

البــــاب الرابــع: في القضاء بشاهد وامرأتين، ونكول المدعى عليه عن اليمين المردودة، والقضاء باليمين الرافعة، واليمين المنقلبة، وحكم نكول المدعي عن اليمين المصححة للدعوى.

البــــاب الســـادس: في القضاء بتبدئة المدعي عليه باليمين، وتأخير يمين المدعى له من صغير حتى يبلغ، أو غائب حتى يقدم، وحكم المولى عليه في ذلك.

البــــاب السابــع: في القضاء بشاهد المولى عليه، مع يمين وليه.

البـــاب الثامـــن: في القضاء بشاهد العبد، ويمين سيده.

البـــاب التاســـع: في القضاء بشاهد الوكيل، ويمين الموكل.

البـــاب العاشـــر: في القضاء ببيّنة الموكل، ويمين الوكيل.

الباب الحادي عشر: في القضاء بشاهد المفلس، ويمين الغرماء.

الباب الثاني عشر: في القضاء بشاهد، ويمين المدعيين.

الباب الخامس عشر: في القضاء بقول امرأتين بانفرادهما.

الباب السادس عشر: في القضاء بشهادة امرأة، ويمين المدعي.

الباب الثامن عشر: في القضاء بشاهد، وامرأة، ويمين المدعي.

الباب التاسع عشر: في القضاء بيمين المدعي، ونكول المدعى عليه عن الحلف على طبق الدعوى.

الباب العشرون: في القضاء بيمين المدعي، ونكول المدعى عليه عن اليمين في مقطع الدعوى.

الباب الحادي و العشرون: في القضاء بيمين المدعي، ونكول المدعى عليه عن الجواب.

الباب الرابع والعشرون: في القضاء باليد، والترجيح بها، وبالبينات.

الباب الخامس والعشرون: في القضاء بقول المدعي لرجحانة بالعوائد، وقرائن الأحول، أو لإتصافه بالأمانة، أو غير ذلك من وجوه الترجيح.

الباب السادس والعشرون: في القضاء بأيمان اللوث، وأيمان القسامة.

الباب الثامن والعشرون: في القضاء بالإتهام، وأيمان التهمة.

الباب التاسع والعشرون: في القضاء بشرط التصديق.

الباب الرابع والثلاثون: في القضاء بالشهادة على الخط.

الباب الخامس والثلاثون: في القضاء بشهادة الإسترعاء.

الباب السادس والثلاثون: في القضاء بشهادة التوسم.

الباب التاسع والثلاثون: في القضاء بالشهادة التي مستندها الحزر، والتخمين، والنظر، والإستدلال.

الباب الخامس والأربعون: في القضاء بالشهادات التي يسقط بعضها، ويمضي بعضها.

الباب السادس والأربعون: في القضاء بشهادة الصبيان.

الباب الثامن والأربعون: في القضاء بكتاب القاضي إلى أمينه.

الباب الحادي والخمسون: في القضاء بالشهادات المكتومة لعذر، أو غير عذر.

الباب الرابع والخمسون: في القضاء باجتهاد الحاكم.

الباب الخامس والخمسون: في القضاء بالأشبه من قول الخصمين.

الباب السادس والخمسون: في القضاء بموجب الجحود.

الباب التاسع والخمسون: في القضاء بشهادة الأخرس، وحكم إشارته.

البـــاب الستـــــــون: في القضاء بشهادة الأعمى.

الباب الحادي والستون: في القضاء بشهادة الرهن بمبلغ الحق.

الباب الثاني والستون: في القضاء بشهادة الوثيقة، والرهن على إستيفاء الحق.

الباب الثالث والستون: في القضاء بشهادة رائحة الخمر، واستقضائها على شربها.

الباب الرابع والستون: في القضاء بشهادة الحمل على الزنا.

الباب الخامس والستون: في القضاء باللوث في الأموال.

الباب السادس والستون: في القضاء بشهادة الحيازة على الملك.

الباب الثامن والستون: في القضاء بالقرعة.

الباب التاسع والستون: في القضاء بالقافة.

د- إن الإستفادة وقعت «المعين الحكام» من «تبصرة الحكام» في ثلاثين باباً، أبيّنها في الجدول التالي مع حجم الإستفادة في كل منها.

الرقم	رقم الباب في المعين	رقم الباب في التبصرة	الملاحظة على الرقم	عنوان الباب من المعين	عنوان الباب من التبصرة	ملاحظة على العنوان	الملاحظة على حجم الاستفادة
١	١	١	تطابق	القضاء بأربعة شهود	القضاء بأربعة شهود	تطابق	جزء بسيط
٢	٢	٢	تطابق	القضاء بشاهدين لا يجزئ غيرهما	القضاء بشاهدين لا يجزئ غيرهما	تطابق	جزء بسيط
٣	٣	٣	تطابق	القضاء بشاهدين أو بشاهد وامرأتين	القضاء بشاهدين أو بشاهد وامرأتين ويمين المدعي أو بامرأتين ويمين المدعي	زيادة في عنوان التبصرة	لم يستفد شيئاً من التبصرة
٤	٤	٥	اختلاف	القضاء بالبينة التامة مع يمين القضاء	القضاء بالبينة التامة مع يمين القضاء	تطابق	معظمه مستفاد من التبصرة
٥	٥	١٣	اختلاف	القضاء ببينة المدعي بعد فصل القضاء بيمين المدعى عليه	القضاء ببينة المدعي بعد فصل القضاء بيمين المدعى عليه	تطابق	لم يستفد شيئاً من التبصرة
٦	٦	١٤	اختلاف	القضاء بقول رجل بانفراده	القضاء بقول رجل بانفراده وما يجري مجرى ذلك	زيادة في عنوان التبصرة	اكثر من نصفه من التبصرة
٧	٧	١٧	اختلاف	القضاء بقول امرأة بانفرادها	القضاء بقول امرأة بانفرادها	تطابق	جزء بسيط جداً، إلا أنه استفاد قليلاً أيضاً من الباب الخامس عشر
٨	٨	٢٢	اختلاف	القضاء بالنكول عن اليمين وعن حضور مجلس الحاكم وبيان المواضع التي يجب فيها اجابة دعوة الحاكم، وما لا يجب فيه الإجابة	القضاء بالنكول عن حضور مجلس الحاكم وبيان المواضع التي يجب فيها اجابة دعوة الحاكم، وما لا يجب فيه الإجابة	زيادة في عنوان المعين واختلاف بسيط	جزء بسيط من التبصرة
٩	١٠	٢٣	اختلاف	القضاء بالتحالف من الجهتين	القضاء بالتحالف من الجهتين	تطابق	لم يستفد شيئاً من التبصرة
١٠	١١	٢٧	اختلاف	القضاء بايمان اللعان	القضاء بايمان اللعان	تطابق	لم يستفد شيئاً من التبصرة

الرقم	رقم الباب في المعين	رقم الباب في التبصرة	الملاحظة على الرقم	عنوان الباب من المعين	عنوان الباب من التبصرة	ملاحظة على العنوان	الملاحظة على حجم الاستفادة
١١	١٢	٣٠	اختلاف	القضاء بشهادة بعض اصحاب الحق	القضاء بشهادة بعض اصحاب الحق	تطابق	لم يستفد شيئاً من التبصرة
١٢	١٣	٣١	اختلاف	القضاء بالشهادات المختلفة، والاختلاف بين الدعوى والشهادة	القضاء بالشهادات المختلفة	زيادة في عنوان المعين	لم يستفد شيئاً من التبصرة
١٣	١٤	٣٢	اختلاف	القضاء بشهادة السماع	القضاء بشهادة السماع	تطابق	اقل من الثلث من التبصرة
١٤	١٥	٣٣	اختلاف	القضاء بالشهادة على الشهادة	القضاء بالشهادة على الشهادة	تطابق	لم يستفد شيئاً من التبصرة
١٥	١٦	٣٧	اختلاف	القضاء بشهادة الابداد	القضاء بشهادة الأبداد والشهادات التي يصحح بعضها بعض	زيادة في عنوان التبصرة	النصف من التبصرة، والنصف هنا فقرة واحدة.
١٦	١٧	٣٨	اختلاف	القضاء بشهادة الاستغفال	القضاء بشهادة الاستغفال	تطابق	النصف من التبصرة، إلا أن الباب صغير.
١٧	١٨	٤٠	اختلاف	القضاء بالشهادة بغلبة الظن	القضاء بالشهادة بغلبة الظن	تطابق	كله من التبصرة
١٨	١٩	٤١	اختلاف	القضاء بشهادة النفي	القضاء بشهادة النفي	تطابق	جزء بسيط من التبصرة
١٩	٢٠	٤٢	اختلاف	القضاء بالشهادة التي توجب حكماً ولا توجب الحق المدعي به	القضاء بالشهادة التي توجب حكماً ولا توجب الحق المدعي به	تطابق	لم يستفد شيئاً من التبصرة
٢٠	٢٠	٤٣	اختلاف	القضاء بالشهادات المجهولة والناقصة التي يتمها غيرهم	القضاء بالشهادات المجهولة والناقصة	زيادة في عنوان المعين	النصف من التبصرة، إلا أن الباب صغير.
٢١	٢٢	٤٤	اختلاف	القضاء بشهادة غير العدول للضرورة	القضاء بشهادة غير العدول للضرورة	تطابق	كله من التبصرة عدا ما يوازي سطرا
٢٢	٢٣	٤٧	اختلاف	كتاب القاضي إلى القاضي	القضاء بكتاب القاضي إلى القاضي	اختلاف غير مؤثر	لم يستفد شيئاً من التبصرة
٢٣	٢٤	٤٩	اختلاف	القضاء بمشافهة القاضي للقاضي	القضاء بمشافهة القاضي للقاضي	تطابق	لم يستفد شيئاً من التبصرة
٢٤	٢٤	٤٩	اختلاف	القضاء بعلم القاضي ونفوذ قوله	القضاء بعلم القاضي ونفوذ قوله واختلاف القاضي والشهود بعد الحكم	زيادة في عنوان التبصرة	جزء بسيط من التبصرة

الرقم	رقم الباب في المعين	رقم الباب في التبصرة	الملاحظة على الرقم	عنوان الباب من المعين	عنوان الباب من التبصرة	ملاحظة على العنوان	الملاحظة على حجم الاستفادة
٢٥	٢٦	٥٢	اختلاف	القضاء بالصلح بين الخصمين	القضاء بالصلح بين الخصمين	تطابق	جزء بسيط جداً
٢٦	٢٧	٥٣	اختلاف	القضاء بالاقرار	القضاء بالاقرار	تطابق	لم يستفد شيئاً من التبصرة
٢٧	٢٨	٥٧	اختلاف	القضاء بالعرف والعادة	القضاء بالعرف والعادة	تطابق	معظمه من التبصرة
٢٨	٢٩	٥٨	اختلاف	القضاء بقول أهل المعرفة	القضاء بقول أهل المعرفة	تطابق	كله من التبصرة
٢٩	٣١	٦٧	اختلاف	القضاء بشهادة العفاص والوكاء	القضاء بشهادة العفاص والوكاء	تطابق	لم يستفد شيئاً من التبصرة
٣٠	٥١	٧٠	اختلاف	القضاء بما يظهر من قرائن الأحوال والأمارات وحكم الفراسة والدليل على ذلك من الكتاب والسنة وعمل سلف الأمة	القضاء بما يظهر من قرائن الأحوال والأمارات وحكم الفراسة والدليل على ذلك من الكتاب والسنة وعمل سلف الأمة	تطابق	معظمه من التبصرة

إن الناظر في المعلومات السابقة يلحظ أن حجم العلاقة بين الكتابين في القسم الثاني منهما ليس كبيراً إلى الحد الذي كان في القسمين الآخرين حيث:-

١- إن واحداً وعشرين باباً من (معين الحكام) الذي مجموع أبوابه واحد وخمسون باباً- لم يستفد فيها صاحب المعين شيئا من (تبصرة الحكام) لا من حيث العنوان، ولا من حيث المادة العلمية.

٢- إن أربعين باباً من أبواب (تبصرة الحكام) لم يكن لها ذكر في (معين الحكام) على الإطلاق. لا في المادة ولا في العنوان.

٣- إن الأبواب الثلاثين التي إستفاد فيها صاحب المعين من (تبصرة الحكام) في العنوان قد تحدد حجم الإستفادة في المادة العلمية على النحو التالي:

- إن إثني عشر باباً منها لم يستفد فيها شيئاً من تبصرة الحكام.

- إن ثمانية أبواب منها كانت الإستفادة فيها من مادة التبصرة قليلة.
- إن أربعة أبواب منها كانت الإستفادة فيها من مادة التبصرة في حدود النصف.
- إن ثلاثة أبواب منها كانت الإستفادة فيها من مادة التبصرة معظم الباب.
- إن ثلاثة أبواب منها كانت الإستفادة فيها من مادة التبصرة كل الباب.

وبناءً على ما تقدم نرى أن إستفادة (معين الحكام) من المادة العلمية في (تبصرة الحكام) لا تزيد وبشكل تقريبي عن ثمانية أبواب من أصل واحد وخمسين بابا هي أبواب (معين الحكام)، أو من أصل سبعين باباً هي أبواب (تبصرة الحكام)، وهي نسبة ليست كبيرة إلى حد ما.

ثانياً: طبيعة وملامح استفادة صاحب (معين الحاكم) من (تبصرة الحكام)

مما لا شك فيه إن استفادة صاحب المعين من «التبصرة» هي إستفادة عظيمة وكبيرة، لا في حجمها أو في مادتها، بل في أساس الفكرة التي قام عليها الكتاب برمته، ففي القسم الثاني نجد أن هيكلية ومخطط البحث كان مقتبساً من (التبصرة) في غالبه، حتى وإن زاد صاحب المعين أبواباً لم تكن في (التبصرة). بل يتعدى الأمر ذلك، فنجد صاحب المعين قسم أبوابه إلى مسائل، وفروع، وتنبيهات، محاكياً بهذا التقسيم (تبصرة الحكام). وما الكتابة والتصنيف إلا فرع عن فكرة لمعت في ذهن الباحث. والمصنف. فالفكرة هي أساس البحث، وأصله. وكذلك الحال فإن البحث لا يقوم إلا على هيكلية ومخطط، يضبط الباحث في بحثه، ويعينه على لملمة أفكاره ومعلوماته في قالب علمي مقبول. وصاحب المعين معتمد في كلا الأمرين على (التبصرة) اعتماداً يقرب من الكلية.

هذا على صعيد الناحية الشكلية، وأما على صعيد الناحية الموضوعية، فإنه من الثابت القول إستفادة صاحب المعين من (تبصرة الحكام) فنراه يثبت في ثنايا (المعين) مسائل، وفروع، وتنبيهات هي من صميم فقه المالكية، بل وإنها تخالف مذهب الحنفية في بعض الأحيان، أو يعز نظيرها في فقه الحنفية في أحيان أخرى.

وقد كان منهج الطرابلسي في الإستفادة الموضوعية من (التبصرة) قائماً على أساس نقل أقوال، ومسائل منقولة عن فقهاء المالكية دون ذكر أسمائهم، بل كان يعتمد التعتيم على هذه الأسماء. كأن يقول: (قال بعض العلماء)، أو (قال بعض المتأخرين)، أو (عن بعض قضاة العدل)، أو (سئل بعض العلماء)، وبالرجوع إلى (تبصرة الحكام) عند ذكر هذه العبارات، نجد أن المعني في هذه العبارة هو أحد فقهاء المالكية.

ومما يجدر ذكره في هذا المقام أن الطرابلسي كان يوهم القارىء في بعض الأحيان برجوعه إلى بعض المصادر والمراجع التي صرح بها في المعين، مع أن الأمر على خلاف ذلك، فهو محض نقل عن التبصرة، ومثال ذلك قوله «ونقلت من كتاب الرحلة لأبي

عبد الله رشيد. .»(١) وبالرجوع إلى تبصرة الحكام(٢) نجد أن هذا النقل هو في الحقيقة لابن فرحون، وليس للطرابلسي وكذلك الحال عند ذكر مسألة فيها بروز لشخصيته العلمية، فإذا بها بروز لشخصية ابن فرحون لأن المسألة منقولة عنه، ومثال ذلك قوله عند ذكر مسألة قبول كتاب القاضي بشهادة المستورين فيقول: «أستحسن إجازة مثل هذا لتعذر العدول، ولما جرى به العمل في صدر السلف الصالح من إجازة الخواتم».(٣)

وبالرجوع إلى تبصرة الحكام نجد أن هذا الإستحسان هو لابن فرحون المالكي لأن المسألة، والإستحسان فيها، منقول عن التبصرة نقلاً حرفيا(٤).

وهذا المثال - حول بروز الشخصية العلمية - وإن كان وحيداً في القسم الثاني من الكتاب إلا أنه يعطينا صورة عن طبيعة منهج الطرابلسي في الإستفادة من (تبصرة الحكام).

ومع هذا كله فإن إستفادة الطرابلسي من (التبصرة) إستفادة الواعي الخبير، فهو قد عتم على أسماء فقهاء المالكية قاصداً هذا التعتيم، ونقل فروعاً من فقه المالكية قاصداً هذا النقل، خاصة عندما أعياه النظير عند الحنفية، فكأنه يريد إثراء كتابه بهذه الفروع، أو أن له قصداً علمياً آخر. وهذا ما سنلقي عليه الضوء عند دراستنا لمعين الحكام في ضوء مذهب الحنفية.

---

(١) ص:٢٩٥

(٢) انظر: تبصرة الحكام (٢/ ٧١).

(٣) ص:٢١٩

(٤) انظر: تبصرة الحكام (٢/ ٢١).

المطلب الثاني

علاقة (معين الحكام) بـ (جامع الفصولين)

من خلال النظر في القسمين الأول والثالث من «معين الحكام» وجدت أن كتاب «جامع الفصولين» لم يكن فيهما غير مورد من الموارد الكثيرة التي صرح بها الطرابلسي في كتابه.

وبالرغم من إطراد الأمر في القسم الثاني، حيث صرح الطرابلسي بجامع الفصولين، كمورد ومرجع له في موضعين (١)، إلا أن الأمر لم يقف عند هذا الحد.

فمن خلال البحث والتحقق للقسم الثاني من «معين الحكام»، وفي المواطن التي لم يجر فيها التصريح بجامع الفصولين وجدت علاقة وثيقة ترتسم ملامحها بين الكتابين، ويمكن أن أسردها على النحو التالي:-

١- أن «جامع الفصولين» هو المصدر الحقيقي الثاني للكتاب بعد «تبصرة الحكام» ففي الوقت الذي حصلت إستفادته من «تبصرة الحكام» بوجه عام في ثلاثين باباً، نراه إستفاد من «جامع الفصولين» في واحد وعشرين باباً، هي تكملة عدد أبواب «معين الحكام» وهي ذات الأبواب التي لم يكن لها ذكر في «تبصرة الحكام» وقد ذكرتها في المطلب السابق تفصيلاً.

٢- أن استفادة صاحب المعين من هذه الأبواب كانت تستغرق مادة الباب في المعين برمته، وهذا على خلاف إستفادته من «تبصرة الحكام»، فقد كانت في بعض الأحيان لا تعدو عنوان الباب فقط.

٣- أن مادة «جامع الفصولين» المثبتة في ثنايا فصوله المختلفة، لم تكن تنقل جميعها، بل كان الطرابلسي ينتقي من هذه المادة انتقاءً، بما يشكل الباب عنده كاملاً.

---

(١) هما في صفحة: ١٠٠، ١٣٩.

٤- أن أسلوب «جامع الفصولين» في العزو إلى المصادر والمراجع، قد أوقع الطرابلسي في أخطاء وعثرات أثناء عزوه إلى الموارد التي صرح بها، ذلك لأن «جامع الفصولين» يعزو إلى المصادر رامزاً إليها بالأحرف، وقد تكون متشابهة، فيقع الخلط والوهم عند الطرابلس، كأن لا يفرق بين الحاء والخاء، فيأتي بمرجع آخر غير الحقيقي.

ومثال ذلك: ما وقع فيه المصنف في بداية الباب التاسع والثلاثين (١) من عزوه أنواع الإستحقاق إلى «ابي الليث السمرقندي»، مع أن الحق في ذلك هو العزو إلى كتاب «الزيادات» وليس إلى «أبي الليث»، فقد وهم الطرابلسي حين ظن «التاء» - التي هي رمز في «جامع الفصولين» إلى كتاب «الزيادات» - (ثاء) والتي هي رمز في «جامع الفصولين» الى «أبي الليث السمرقندي». وقد وقع هذا أكثر من مرة، ونبهت اليها في مواطنها.

وأما عن الكيفية التي إتبعتها في كشف هذه الأوهام، فكانت برجوعي إلى مقدمة «جامع الفصولين» والتي بيّن فيها «ابن قاضي سماونة» رموزه، واختصاراته. وكذلك بالرجوع إلى «فصول العمادي» الذي أخذ منه «جامع الفصولين» واختصر ما صرح به من أسماء الكتب والمراجع.

٥- أن الأخطاء التي حصلت من الطرابلسي في ذكر المراجع للسبب الآنف الذكر، ليؤكد حقيقة مفادها أن أكثر موارده التي صرح بها لم تكن حقيقية، بل هي آتية من جملة النقل عن «جامع الفصولين».

---

(١) انظر: ص٣٦٥

المطلب الثالث

دراسة (معين الحكام) في ضوء مذهب الحنفية

انتشر بين أهل العلم والإختصاص، وبخاصة من عني منهم بعلم القضاء أن كتاب (معين الحكام) هو أحد كتب الحنفية المتخصصة، والمشهورة في هذا المجال، وبذلك أصبح التعامل مع (معين الحكام) على أنه كتاب حنفي حقيقة واقعة ومسلم بها. ومما زاد في توضيح هذه الحقيقة وتجليتها ما يلي:-

١- الصبغة العامة للكتاب، فالمتتبع لمسائل الكتاب وفروعه، لا يجد مناصاً من الحكم بحنفية الكتاب.

٢- إشارة الطرابلسي في أكثر من موطن إلى المذهب الحنفي على أنه مذهبه، السائر عليه، في تصنيفه، وخاصة عند ذكر خلاف المذاهب الأخرى، كقوله: «عندنا»، و«الصحيح قولنا»، «هذا فيما يتعلق بالمذهب» ويعني في كل ذلك المذهب الحنفي.

٣- إعتبار الكتاب حنفياً عند علماء المذهب المتأخرين، من مثل ابن عابدين - رحمه الله - قطب الحنفية في زمانه، فقد نقل عنه بإعتباره كتاباً من كتب الحنفية. (١)

وبناءً على ما تقدم، فإننا نتعامل مع الكتاب على أنه أحد كتب الحنفية. ولكن السؤال الذي يفرض نفسه، إلى أي حد يركن إلى (معين الحكام) في إعتماد رأي المذهب الحنفي ؟ فنقول وبالله التوفيق:

إن المادة العلمية الموجودة في ثنايا (معين الحكام) تنقسم إلى قسمين رئيسيين هما:

---

(١) انظر: حاشية رد المحتار (١/ ٣٧٠).

أولاً: مادة علمية ذات صبغة وطابع حنفي:

أن المادة العلمية ذات الصبغة الحنفية، والتي نقلها صاحب المعين بشكل أساسي من (جامع الفصولين) وغيره من كتب الحنفية الأخرى، مشكلة بذلك ما يقرب من ثلثي الكتاب مادة موثوق بنسبتها إلى مذهب الحنفية، فقد حالف التوفيق صاحب المعين في نقلها إلى حد كبير، إلا ما يؤخذ عليه من الأمور التالية:-

أ- ذكره لما هو خلاف المفتى به في المذهب، أو لما هو خلاف الصحيح في المذهب، كنقله لبعض الآراءالضعيفة على أنها رأي المذهب. وقد وقع هذا لصاحب المعين في عدة مواطن - أشرت إليه في تعليقي - وهي قليلة نوعاً ما.

ومثال ذلك: ما ذكره المصنف - رحمه الله - في الباب السادس والعشرين(١) نقلاً عن شرح الطحاوي: «من أن الأصح في المذهب جواز الإستحلاف في دعوى حد القذف». وهذا خلاف المفتى به في المذهب.

فقد قال ابن عابدين: «والحاصل ان المفتى به التحليف في الكل إلا في الحدود، ومنها حد القذف، ولعان، فلا يمين إجماعاً» (٢).

ب- خلطه بين الروايات المنقولة عن أئمة المذهب. وهذا نادر، ومثاله: ما وقع في الباب السابع والعشرين (٣) حين خلط بين رواية الزيادات، ورواية الجامع الصغير عند ذكره مسألة الإستيام، وهل يعتبر إقراراً، أم لا ؟

ج - عدم دقته في عزو الآراء، والأقوال إلى أصحابها، أو مصادرها، وقد كان ذلك ناتجاً عن غلطة في تفسير الرموز التي إستخدمها صاحب جامع الفصولين.

وقد ذكرت ذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث.

د- عدم دقته في نقل رأي المذهب، فقد ينقل الرأي مطلقاً، وهو في الحقيقة مقيد بحيثية معينة، أو العكس. وقد وقع هذا أكثر من مرة. إلا أنه قليل نسبياً.

---

(١) انظر: ص٢٦٢

(٢) انظر: حاشية رد المحتار(٥/ ٥٥٠).

(٣) انظر: ص٦٧٢

ومثاله: ما ذكره في الباب العاشر (١): «ولو إختلفا في الأجل، فقال البائع: حال، وقال الآخر: إلى شهر .... فالقول قول البائع ولا يتحالفان» فعبارته في نقل المذهب ليست دقيقة، حيث إن الحنفية نصوا على أنه إذا كان الخلاف في الأجل، أو في شرط الخيار، فالقول قول المنكر مع يمينه بائعاً كان أو مشترياً، ولا يتحالفان. فتأمل ذلك.

- والناظر المنصف يرى أن هذه المآخذ، والهنات هي أمور لا تعيب الطرابلسي، ولا تقلل من قدره فهي قد تقع من فحول المذهب، وقد توجد في الكتب المعتمدة في المذهب، خاصة مع قلة وندرة هذه المآخذ والهنات بالنظر إلى حجم الكتاب. ولذلك لا غضاضة - فيما أرى - في الركون إلى هذا القسم من «معين الحكام» في إعتماد رأي المذهب الحنفي، وذلك بلا تحرج، خاصة عندما يكون الرأي، أو القول مذيلاً بما يشعر بحنفيته كاسم كتاب من كتبهم، أو عالم من علمائهم. والله اعلم.

---

(١) انظر: ص١٤٦

ثانياً: المادة العلمية المستفادة من تبصرة الحكام:

إن استفادة الطرابلسي من تبصرة الحكام في مجال المادة العلمية بات أمراً ظاهراً كما أسلفنا، فقد وقعت له نقولات واستفادات كثيرة. ونحن هنا لسنا بصدد البحث عن علاقة (المعين) بـ (التبصرة) ولكننا ننظر إلى المادة العلمية المستفادة من المنظارالحنفي، فنجد أن نقولات واستفادات صاحب المعين من التبصرة لم تكن على منوال واحد، بل كانت على النحو التالي:-

١- نقولات واستفادات موافقة لما هو مقرر في مذهب الحنفية، ولا يعترض عليها من المنظار الحنفي إلا بالصياغة اللفظية التي كان منشأوها تبصرة الحكام، وهذا أمر لسنا له الآن. والحاصل أن صاحب المعين كان حاذقاً فيها إلى حد كبير، فقد كان قاصداً هذه الإستفادات الموافقة لمذهب الحنفية.

والحامل لنا على هذا القول هو كثرة مثل هذه الاستفادات، حتى أننا وجدناه ينقل مسترسلاً في المسألة، فإذا وصل إلى عبارة تخالف مذهب الحنفية عدل عن النقل إلى عبارته الخاصة، ومثال ذلك ما وقع له في الباب العشرين (١).

٢-نقولات واستفادات عزّ نظيرها في فقه الحنفية، بل هي في الحقيقة أقوال، ومسائل وتنبيهات منسوبة إلى فقهاء المالكية، ذكرها الطرابلسي في (المعين) باسلوبه المعهود، وهو التعتيم على هذه الأسماء.

وهذه الإستفادات تستحق منا النظر، والتوقف عندها قليلاً. ذلك أن الطرابلسي عالم جليل، كان قاضي قضاة المالكية في زمانه، ثم تحول إلى مذهب الحنفية مصنفاً فيه كتابين (٢)، فاستفادته استفادة الفاحص الخبير، صاحب وجهة نظر، فكأني به قصد أمراً من مثل هذه الإستفادة، ولعله أحد أمرين:

أولهما: إثراء كتابة بنقولات من مذهب عرف بعراقته في مجال القضاء، ألا وهو

---

(١) انظر: ٢١٢.

(٢) انظر: رسالة الزميل محمد النتشة (تحقيق القسم الأول من الكتاب): ٧ وما بعدها.

مذهب المالكية. فيكون بفعله هذا قد خرج عن إطار المذهبية الضيقة إلى اطار رحابة الفقه الإسلامي. فكأنه بفعله هذا يقول: ليت أصحابنا - اي الحنفية - قالوا بهذا، فلعمري إن هذا لرقي في التفكير الفقهي ما بعده رقي - إن كان هذا مقصده.

ثانيهما: ترجيح هذه الفروع، وتخريجها على أصول الحنفية، فالناظر في هذه الفروع يرى أن أغلبها يمكن أن يتخرج على أصول الحنفية إما بيسر وسهولة، وإما بنوع من التجوز.

ومثال الأول: ما ذكره المصنف في ا لباب الثاني والعشرين (١) من قول ابن قيّم الجوزية «إن العدالة تتبعض»، فقال معقباً على ذلك: «وأصل هذا ما وقع في المحيط، والقنية: إذا كان الرجل يشرب سراً، وهو ذو مروءة فللقاضي أن يقبل شهادته».

فهو في هذا المثال خرّج قول ابن قيم الجوزية، الذي نقله من التبصرة على أصول الحنفية، وفروعهم المنصوص عليها بيسر وسهولة.

ومثال الثاني: ما ذكره المصنف في الباب الحادي والخمسين (٢) ناقلاً عن التبصرة «إن الضيف يشرب من كوز صاحب البيت، ويتكئ على وسادته ويقضي حاجته في مرحاضه من غير إذن، ولا يعد في ذلك متصرفاً في ملك غيره بغير اذنه»، فيمكننا أن نخرج هذه المسألة على فرع ذكره في الخانية (٣) ومفاده: «جواز إطعام الضيف ضيفاً غيره على المائدة، إعتماداً على العرف، والإذن».

ووجه التخريج هو: إذا جاز له أن يتصرف في ملك غيره نحو غيره، فأن يتصرف نحو نفسه من باب أولى.

---

(١) انظر: ٣٣٢.

(٢) انظر: ٤٧٩.

(٣) انظر: الخانية (٣/٤٠٥).

٣- نقولات واستفادات مخالفة لما هو مقرر في مذهب الحنفية، وهذه النقولات هي بيت القصيد في هذا المطلب من البحث، ذلك ان مثل هذه المخالفات للمذهب الحنفي ليست بالقليلة نسبياً، فقد بلغت ما يقارب العشرين موطناً. وكانت المخالفات فيها متفاوتة بمعنى ان مسالة ما مخالفة لمذهب الحنفية بقضها، وقضيضها، في حين أن مسالة أخرى تكون المخالفة فيها من حيثية معينة، كالتقييد فيها، أو الإطلاق مثلاً. وقد بينت ذلك تفصيلاً في تعليقاتي على مسائل وفروع الكتاب المختلفة.

وأما عن السبب الحامل للمصنف -رحمه الله- على مثل هذه المخالفات، فلا اظنه ترجيحاً منه لما خالف فيه. بل هو محض خطأ وقع فيه أثناء استرساله في النقل عن (التبصرة). ولا أقول هذا القول جزافاً، أو تجنياً عليه رحمه الله، بل هذا واقع الحال، وإليك المثال التالي توضحياً لذلك.

قال الطرابلسي فيما ينقله عن التبصرة في الباب الثاني: «في القضاء بشاهدين لا يجزىء غيرهما وذلك: في النكاح، والرجعة، والطلاق، والخلع، والعدة، والتمليك. . . . . . . وقتل العمد والصلح»(١).

وقال في الباب الثالث متجرداً عن النقل عن التبصرة: «في القضاء بشاهدين، أو بشاهد وامرأتين أما القضاء فيما يقضى فيه بشاهدين، فقد تقدم بيانه، وأما شهادة رجل وامرأتين، فمقبولة في جميع الأحكام إلا في الحدود والقصاص»(٢).

ففي النص الأول خالف مذهب الحنفية القائل بثبوت أغلب ما ذكره بشهادة رجل وامرأتين. وفي النص الثاني عاد ليثبت مذهب الحنفية كما هو، ولكن حين تجرد عن نقله من التبصرة. فلا يعقل أن يكون قد رجح رأي التبصرة في النص الأول، ثم عاد ورجح رأي الحنفية في النص الثاني وفي أغلب مخالفاته

(١) انظر: ص٦٦

(٢) انظر: ص٧٣

كان السبب فيها محاولة التوفيق بين ما ينقله من التبصرة، وبين المذهب الحنفي وإليك المثال التالي:

قال الطرابلسي في الباب الثاني ناقلاً عن التبصرة محاولاً التوفيق مع المذهب الحنفي: «ثم إذا شهد في باب النكاح شاهد واحد، فإن كان الزوجان مقرين أشهدا شاهداً آخر، وأجبر الآبي منهما، وإن كان أحدهما منكراً لم يحلف المشهود له مع الشاهد عند أبي حنيفة.....»(١).

والعبارة الموازية في تبصرة الحكام هي «فأما النكاح فإن كان الزوجان مقرين أشهدا شاهداً آخر، وأجبر الآبي، وإن كان أحدهما منكراً، لم يحلف المشهود له مع الشاهد، وأما المشهود عليه .. الخ»(٢).

ووجه مخالفة المصنف لمذهب الحنفية هو أنهم أوردوا مسألة الإستحلاف في دعوى النكاح حال كون الزوجين منكرين لا مقرين، وبغض النظر عن وجود شاهد واحد، أو عدم وجوده.

وبعد ، ، ،

فمما لا شك فيه أن الطرابلسي - رحمه الله - أسهم إسهاماً متميزاً في مذهب الحنفية، فقد وضع كتاباً جامعاً - على ما فيه من هنات وأخطاء - عزّ نظيره، من حيث جمعه لثلاثة علوم في كتاب واحد هي: مقدمات علم القضاء، (أو أدب القضاء)، والبيّنات وما ينزل منزلتها ويجري مجراها، والقضاء بالسياسة الشرعية.

ومع هذا كله يتوجب على من يريد أن ينهل من هذا الكتاب اليقظة، والتنبه خاصة في تلك المواضع التي كان النقل فيها واضحاً من تبصرة الحكام، حتى لا يقع الباحث في لبس وخلط بين آراء المذاهب. ومن هذا المنطلق كانت الحاجة ماسة لتحقيق هذا الكتاب العظيم الشأن بين أقرانه تحقيقاً علمياً منهجياً، يضع الأمر في نصابه، وييسر سبل الإستفادة من هذا الكتاب فنسأل الله تعالى أن نكون قد وفقنا في تحقيق هذا الهدف الذي سعينا إليه.

---

(١) انظر: ٦٩.

(٢) انظر: تبصرة الحكام (١/٢٦٦).

المبحث الثاني

موارد الطرابلسي التي صرح بها في القسم الثاني من كتابه

وهي مرتبة حسب الحروف الهجائية:

١- الإحكام في تمييز الفتوى عن الأحكام: تصنيف شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي المالكي (ت سنة ٦٨٤ هـ). (١)
كان رجوعه اليه ضمن نقله عن التبصرة

٢- إختلاف العلماء: تصنيف أبي جعفر الطحاوي (ت سنة ٣٢١هـ)، واختصره أبو بكر أحمد بن علي الجصاص (ت سنة ٣٧٠هـ). (٢)

٣- أدب القاضي :تصنيف أبي بكر أحمد بن عمرو الخصاف (ت سنة٢٦١هـ).(٣)

٤- الإستغناء شرح الوقاية: للمصنف القاضي علاء الدين علي بن خليل الطرابلسي (كان حياً سنة ٨٤٤ هـ). (٤)

٥- الأسرار في الأصول والفروع: تصنيف الشيخ العلامة أبي زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي، الحنفي (ت سنة ٤٣٠ هـ). (٥)

---

(١) وهو مطبوع ومحقق
(٢) انظر: كشف الظنون (١/ ٣٢ - ٣٣)
- وهو مطبوع في باكستان سنة ١٩٧١م. بعناية محمد صغير حسن المعصومي.
انظر: ذخائر التراث العربي - عبد الجبار عبد الرحمن (٢/ ٦٥٩).
(٣) مطبوع مع شرحين له: شرح ابن مازة، وشرح الجصاص.
(٤) انظر: كشف الظنون (٢/ ٢٠٢١).
(٥) انظر: كشف الظنون (١/ ٨٤).

٦- الأصل: تصنيف الإمام محمد بن الحسن الشيباني (ت سنة ١٨٩هـ). (١)

٧- الأقضية: تصنيف الإمام علي ظهير الدين الكبير بن عبد العزيز المرغناني المقلب بظهير الدين أبو المحاسن (ت سنة ٥٠٦هـ). (٢)

٨- الأمالي: تصنيف الإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري الحنفي (ت سنة ١٨٣ هـ). (٣)

٩- الإيضاح في الفروع: تصنيف الإمام أبي الفضل عبد الرحمن بن محمد الكرماني (ت سنة ٥٤٣ هـ). (٤)

١٠- كتاب البزدوي (٥): والبزدوي هو علي بن محمد بن الحسن بن عبد الكريم، المعروف بفخر الإسلام البزدوي (ت سنة ٤٨٢ هـ) له من التصانيف: أصول الفقه، شرح الجامع الصغيروالكبير، والمبسوط، وتفسير القرآن، وغير ذلك. ولم أستطع معرفة اي كتاب كان يعنيه المصنف رحمه الله عند ذكره كتاب البزدوي.

١١- التجريد الركني في الفروع: تصنيف الإمام ركن الدين عبد الرحمن بن محمدالمعروف بابن أميروية الكرماني الحنفي (ت سنة ٥٤٣هـ) وشرحه

---

(١) وقد طبع منه خمسة أجزاء.

(٢)انظر: كشف الظنون (١/ ٣٧).

(٣) انظر: كشف الظنون (١/ ١٦٤).

(٤) له نسخة خطية في مكتبة الأقصى تحت رقم: (٩٤)

انظر: فهرس مخطوطات مكتبة الأقصى (١٩٣)

(٥) انظر: تاج التراجم (٤١)، الفوائد البهية (١٢٥)، مفتاح السعادة (٢/ ١٨٤).

وسماه الإيضاح. (١)

١٢-التجنيس: وهو كتاب التجنيس والمزيد وهو لأهل الفتوى غير عتيد: تصنيف الإمام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغناني الحنفي (ت سنة ٥٩٣هـ). (٢)

١٣- تفسير القرطبي (الجامع لأحكام القرآن): تصنيف أبي عبد الله محمد بن أحمد القرطبي (ت سنة ٦٧١هـ). (٣)

١٤- تهذيب القلانسي(أو تهذيب الواقعات في فروع الحنفية): تصنيف الشيخ أحمد القلانسي. (٤)

١٥- الجامع الصغير: (٥) تصنيف الإمام محمد بن الحسن الشيباني (ت سنة ١٨٩هـ) وقد ورد عدة مرات، في منها إختلاف بين النسخ، في: أ، ج، د، هـ: الجامع الأصغر،(٦) وفي ب: الجامع الصغير،إلا أنني وجدت النص في الجامع الصغير، مع العلم أن الجامع الأصغر: تصنيف محمد بن الوليد السمرقندي. وقد ورد الجامع الصغير بعض الأحيان في الكتاب بلفظ «الجامع » وفي أخرى «الجامعين». اي الصغير والكبير.

١٦- جامع الفتاوى: تصنيف السيد الإمام ناصر الدين أبي القاسم محمد بن يوسف السمرقندي الحنفي (ت سنة ٥٥٦هـ). ووقع عنده بلفظ الجامع في

(١) انظر: كشف الظنون (١/ ٣٤٥).
(٢) انظر: كشف ا لظنون (١/ ٣٥٢).
(٣) وهو مطبوع ومشهور
(٤) له نسخة تامة في مكتبة جستربتي - ايرلندا تحت رقم (٤٤١٧)، وقد حصل مركز الوثائق والمخطوطات/الجامعة الأردنية على نسخة ميكروفلمية منه.
(٥) وهو مطبوع مع شرحه النافع الكبير للكنوي.
(٦) انظر: كشف الظنون (١/ ٥٣٥).

الفتاوى. (١)

١٧- جامع الفصولين في الفروع: تصنيف الشيخ بدر الدين محمود بن اسرائيل الشهير بابن قاضي سماونة (ت سنة ٨٢٣ هـ). (٢)

١٨- الجامع الكبير: تصنيف الإمام أبي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني (ت سنة ١٨٩هـ) وقد ورد عدة مرات.(٣)

١٩- حاشية بعض كتب الذخيرة. لم أستطع معرفتها.

٢٠- الحاوي: تصنيف جمال الدين أحمد بن محمد بن نوح القابسي الغزنوي الحنفي (ت سنة ٥٩٣هـ). (٤)

٢١- الحواشي الظهيرية على الهداية: تصنيف معلم الدين مصطفى بن حمزة بن إبراهيم بن ولي الدين. ووقعت عنده بعنوان: «الحواشي». (٥)

٢٢- الخزانة (٦): ورد ذكرها مرة واحدة في الباب السادس والعشرين دون تعيين المراد بها، فقد تكون خزانة الفقه، أو خزانة الفتوى، الوارد ذكرها لاحقاً، وقد تكون خزانة الأكمل: تصنيف: أبي يعقوب بن يوسف بن علي بن محمد الجرجاني الحنفي، بدأ بكتابه هذا سنة ٥٢٢هـ.

(١) انظر: كشف الظنون (١/ ٥٦٥).
(٢) وهو مطبوع.
(٣) وهو مطبوع.
(٤) انظر: كشف الظنون (١/ ٦٢٧).
(٥) له أربع نسخ خطية بدار الكتب المصرية تحت الأرقام (١٥١)، (٥٤٢)، (٦٤٠)، (١٢١٤)
انظر: فهارس دار الكتب المصرية (١/ ٤١٨).
(٦) له نسختان خطيتان بدار الكتب المصرية تحت الأرقام (٧٥٢)، (٤٢ م)
انظر: فهارس دار الكتب المصرية (١/ ٤١٨).

٢٣- خزانة الفتوى: تصنيف أحمد بن محمد بن أبي بكر الحنفي، صاحب مجمع الفتاوى. (١)

٢٤- خزانة الفقه: تصنيف الإمام أبي الليث بن محمد، الفقيه السمرقندي الحنفي (ت سنة ٣٨٣هـ). (٢)

٢٥- الخلاصة (خلاصة الفتاوى): تصنيف طاهر بن أحمد بن عبد الرشيد إفتخار الدين البخاري (ت سنة ٥٤٢هـ). (٣)

٢٦- دقائق الإعراب. (٤)

٢٧- الذخيرة (أو ذخيرة الفتاوى، أو الذخيرة البرهانية): تصنيف الإمام برهان الدين محمد بن تاج الدين أحمد بن عبد العزيز بن مازة البخاري (ت سنة ٦١٦هـ) وهو مختصر لكتاب المحيط. (٥)

٢٨- الرحلة: تصنيف محمد بن عمر بن رشيد الفهري مجد الدين السبتي المالكي

---

(١) انظر: كشف الظنون (١/ ٧٠٣).
(٢) وهو مطبوع ومحقق.
(٣) لها ثلاث نسخ خطية في مكتبة الأوقاف العامة، ببغداد تحت الأرقام (٣٧٢٧)، (٣٤٩٩)، (٤١٧٤).
انظر: فهارسها (١/ ٤٢٩)
ونسختان في مكتبة الأوقاف العامة/ الموصل تحت الأرقام: (٢/ ٧)، (٣/ ٧).
انظر: فهارسها (٢/ ١٥٣).
(٤) انظر: كشف الظنون (١/ ٧٥٧).
(٥) يوجد لها نسخة في معهد المخطوطات العربية تحمل رقم (٧٨٣).
انظر: فهرس معهد المخطوطات (٩٨). ولها نسخة أيضاً في مكتبة جستربيتي - ايرلندا (٣٨٦٧). انظر: مجلة المورد العراقية (٣/ ٢٥٤).

(ت سنة ٧٢١هـ). (١) وقد كان رجوع المصنف له أثناء نقله عن تبصرة الحكام لابن فرحون.

٢٩- السير الكبير: تصنيف الإمام محمد بن الحسن الشيباني (ت سنة ١٨٩هـ).(٢)

٣٠- شرح أدب القاضي (الخصاف): تصنيف شمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي (ت سنة ٤٨٣هـ) (٣)

٣١- شرح التجريد: وهو (التجريد الركني في الفروع).
له شرحان: أحدهما: الايضاح، والآخر: المفيد والمزيد: لشمس الأئمة تاج الدين بن عبد الغفار بن لقمان الكردي الحنفي (ت سنة ٥٦٢هـ) ولعله المقصود هنا. (٤)

٣٢- شرح الجامع: وقد يكون الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني (ت سنة ١٨٧هـ) وله عشرات الشروح، ولا مرجح لواحد منها على الآخر. (٥)

٣٣- شرح الجامع الصغير: والجامع الصغير للإمام محمد بن الحسن الشيباني (ت سنة ١٨٧هـ) وله عشرات الشروح، ولا مرجح لواحد منها على الآخر.(٦)

٣٤- شرح الحيل (الخصاف): له شروح منها: لشمس الأئمة السرخسي، ولشمس

---

(١) أنظر: كشف ا لظنون (١/ ٨٣٦).
(٢) وهو مطبوع مع شرحه للسرخسي.
(٣) انظر: كشف الظنون (١/ ٤٦).
(٤) انظر: كشف الظنون (١/ ٣٤٥- ٣٤٦).
(٥) انظر: كشف الظنون (١/ ٥٦٧ - ٥٧٠).
(٦) انظر: كشف الظنون (١/ ٥٦١- ٥٦٤).

الأئمة الحلواني، وغيرها (١).

٣٥- شرح خواهر زاده: وهو الإمام أبو بكر محمد بن الحسين المعروف بخواهر زاده البخاري (ت سنة ٤٨٣هـ). له شرح على الجامع الكبير للإمام محمد بن الحسن الشيباني (٢).

٣٦- شرح السرخسي: وهو شمس الأئمة محمد بن أحمد السرخسي (ت سنة ٤٨٣ هـ) له شروح عدة مها: شرح مختصر الطحاوي، وشرح السير الكبير، وشرح أدب القاضي. (٣) ولا مرجح لواحد منها على الآخر.

٣٧- شرح الشافي في فروع الحنفية: تصنيف عبد الله بن محمود شمس الأئمة اسماعيل بن رشيد الدين محمود بن محمد الكردري. (٤)

٣٨- شرح الطحاوي: وهو أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي (ت سنة ٣٢١هـ) له ثلاثة شروح: للجامع الصغير، وللجامع الكبير، ولمعاني الآثار. (٥) ولا مرجح لواحد منها على الآخر.

٣٩- شرح ظهير الدين المرغناني: هو الحسن بن علي ظهير الدين الكبير بن عبد العزيز بن عبد الرزاق المرغناني، أبو المحاسن. (٦)
لم أعرف كتابه المذكور.

٤٠- شرح الكنز: والكنز هو كنز الدقائق في فروع الحنفية للشيخ الإمام أبي

(١) انظر: كشف الظنون (١/ ٦٩٥)، وهو مطبوع بشرحيه.
(٢) انظر: كشف الظنون (١/ ٥٦٩).
(٣) انظر: كشف الظنون (١٥٨ - ١٥٩).
(٤) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٠٢٣).
(٥) انظر: الفوائد البهية (٣٢).
(٦) انظر: الفوائد البهية (٦٢ - ٦٣)، الجواهر المضية (٣/ ٧٤).

البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي(ت سنة ٧١٠هـ).
له عشرات الشروح منها: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، تصنيف ا لإمام فخر الدين أبي محمد عثمان بن علي الزيلعي (ت سنة ٧٤٣هـ). (١)

٤١- شروط الحاكم: تصنيف الحاكم أبي النصر أحمد بن محمد السمرقندي (ت في حدود سنة ٥٥٠ هـ). (٢)

٤٢- شروط الحلواني: تصنيف شمس الأئمة عبد العزيز أحمد بن نصر بن صالح الحلواني (ت سنة ٤٥٦هـ). (٣)

٤٣- العدة (أو عدة المفتين): تصنيف الإمام عمر بن أحمد بن لقمان النسفي (ت سنة ٥٣٧ هـ) (٤)

٤٤- عيون المختلف: تصنيف أبي النصر محمد بن مهروية الحنفي، وهو مجهول سنة الوفاة، وقد وقع عند المصنف بعنوان (العيون). (٥)

٤٥- عيون المسائل: تصنيف أبي الليث نصر بن محمد بن أحمد الفقيه السمرقندي المعروف بإمام الهدى (ت سنة ٣٩٣ هـ) (٦)

٤٦- غريب الرواية في فروع الحنفية: تصنيف السيد الإمام محمد بن أبي شجاع

---

(١) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٥١٥).
(٢) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٠٤٦).
(٣) المرجع السابق.
(٤) انظر: كشف الظنون (٢/ ١١٣٠).
(٥) انظر: كشف الظنون (٢/ ١١٧٨).
(٦) وهو مطبوع.

العلوي. (١)

وقد ورد مرة واحدة.

٤٧- الفتاوى: للحنفية أكثر من كتاب بعنوان الفتاوى، ولا مرجح لواحد منها على الآخر عند الإطلاق.

٤٨- فتاوى أبي الليث: تصنيف نصر بن محمد بن أحمد السمرقندي (ت سنة ٣٨٣هـ). (٢)

٤٩- فتاوى أهل سمرقند: مذكور في التاتارخانية، وجامع الفصولين برمز: قد. (٣).

٥٠-الفتاوى البخارية: تصنيف صدر الإسلام طاهر بن محمود بن أحمد بن برهان الدين الكبير عبد العزيز البخاري الحنفي (ت سنة ٥٠٤ هـ) (٤).

٥١- الفتاوى الخانية (او فتاوى قاضي خان): تصنيف الإمام فخر الدين حسن ابن منصور الأوزجندي الفرغاني (ت سنة ٥٩٢ هـ). (٥)

٥٢- الفتاوى الرشيدية (أو فتاوى رشيد الدين): تصنيف رشيد الدين محمد ابن عمر بن عبد الله السنجي الوتار الحنفي (ت سنة ٥٩٨هـ). (٦)

٥٣-الفتاوى الصغرى: تصنيف الشيخ الإمام عمربن عبد العزيز، المعروف بحسام

---

(١) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٢٠٧).

(٢) له نسخة خطية محفوظة في مكتبة الأوقاف العامة/ بغداد تحت رقم (٦٠/ ١٠٦١٩).

(٣) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٢٢١).

(٤) المرجع السابق.

(٥) وهو مطبوع ومشهور.

(٦) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٢٢٣).

الدين الشهيد المقتول (سنة ٥٣٦ هـ). (١).

٥٤- الفتاوى الظهيرية (أو فتاوى ظهير الدين). تصنيف القاضي ظهير الدين أبي بكر محمد بن أحمد البخاري الحنفي، القاضي المحتسب ببخارى (ت سنة ٦١٩هـ). (٢)

٥٥- فتاوى الفضلي: تصنيف أبي عمرو عثمان بن إبراهيم الأسدي الحنفي (ت سنة ٥٠٨هـ). (٣)

٥٦- فتاوى القاضي الإمام: قد تكون الفتاوى الخانية السابقة الذكر، وقد تكون فتاوى القاضي حسين وهو الحسين بن خضر بن يوسف الفشيديرجي النسفي الحنفي (ت سنة ٤٢٨ هـ). (٤)

٥٧- فتاوى النسفي (أو الفتاوى النسفية): تصنيف نجم الدين عمر بن محمد النسفي، الشهير بعلامة سمرقند، صاحب المنظومة (ت سنة ٥٣٧هـ). (٥)

٥٨- فصول الإسروشني: تصنيف مجد الدين أبي الفتح محمد بن محمودابن حسين الإسروشني الحنفي (ت سنة ٦٣٢هـ). (٦)

٥٩- فصول العمادي (أو فصول عماد الدين، أو فصول الأحكام لأصول

---

(١) المرجع السابق
- له نسخ خطية كثيرة في مكتبات العالم (انظر: القسم الأول بتحقيق محمد النتشة: ٢٩).
(٢) له ثلاث نسخ في المكتبة الظاهرية/ دمشق تحت الأرقام (٢٤٨٨)، (٤٢٨٨)، (٢٦٢١).
انظر: فهارس الظاهرية (٢/ ٣٠- ٣٣).
(٣) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٢٢٧).
(٤) المرجع السابق.
(٥) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٢٣٠).
(٦) له نسخة في مكتبة جستربتي/ ايرلنده تحت رقم (٤٥٨١).
وقد حصل مركز المخطوطات والوثائق/ الجامعة الأردنية على نسخة مصورة منها انظر: فهرس المخطوطات المصورة (١٣٤ - ١٣٦).

الأحكام): تصنيف جمال الدين بن عماد الدين الحنفي، وقيل: لأبي الفتح عبد الرحيم بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغناني السمرقندي. (١)

٦٠- فصول الفقه: لم أعرفه.

وقد ورد مرة واحدة في الباب الرابع والأربعين، والمسألة المنسوبة اليه، ذكرها عماد في فصوله (ق/ ١٠٠) ونسبها إلى الاسروشني نقلاً عن أصول الفقه لبعض المتقدمين، وليس إلى فصول الفقه.

٦١- فوائد شمس الإسلام الأوزجندي: تصنيف محمود بن عبد العزيز شمس الأئمة الأوزجندي جد قاضي خان. (٢)

٦٢- فوائد شيخ الإسلام برهان الدين: وهو علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغناني (ت ٥٩٣ هـ) صاحب الهداية. (٣)

٦٣- فوائد صاحب المحيط: وهو محمود بن أحمد بن الصدر الكبير برهان الدين عبد العزيز بن عمر بن مازة، وهو برهان الدين صاحب المحيط البرهاني، والذخيرة. (٤).

٦٤- فوائد ظهير الدين: وهو عمر بن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد

---

(١) له نسختان في المكتبة الظاهرية/ دمشق تحت الأرقام (٦١٤٠)، (٧٠٣٦)

انظر: فهارس الظاهرية (٢/ ٧٣ - ٧٥).

(٢) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٢٩٨)، الفوائد البهية (١٠٩).

(٣) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٢٩٦)، (٢٠٣١)، الفوائد البهية. (١٤١ - ١٤٤).

(٤) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٢٩٦)، الفوائد البهية (٢٠٥ - ٢٠٧).

الجليل الفرغناني الحنفي (ت سنة ٦٠٠ هـ). (١)

٦٥- فوائد نظام الدين: وهو عمر بن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني (ت سنة ٦٠٠هـ). (٢)

٦٦- الفوائد للهداية: تصنيف حميد الدين علي بن محمد بن علي الضرير البخاري (ت سنة ٦٦٧ هـ). (٣)

٦٧- القنية (أو قنية المنية لتتميم الغنية): تصنيف أبي الرجاء مختار بن محمود ابن محمد الزاهدي (ت سنة ٦٥٨هـ). (٤)

٦٨- كتاب الدعاوى والبينات - لصاحب المحيط - سبق التعريف به (٥) وقد ورد ثلاث مرات. مرة بتقييده لصاحب المحيط. ومرتين بلا تقييد.

٦٩- الكافي في فروع الحنفية: تصنيف الحاكم الشهيد محمد بن أحمد الحنفي (ت سنة ٣٣٤ هـ). وهو الكتاب الذي شرحه شمس الأئمة السرخسي في كتابه المبسوط. (٦)

٧٠- لطائف الإشارات: تصنيف الشيخ بدر الدين محمود بن إسرائيل المعروف

---

(١) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٢٩٨).

(٢) انظر: الفوائد البهية (١٤٩)

(٣) انظر: كشف الظنون (٢/ ٢٠٣٢ - ٢٠٣٣).

(٤) مطبوع في كلكتا/ الهند سنة ١٢٤٥هـ. وله نسخ كثيرة في مكتبات العالم منها تسع نسخ في المكتبة الظاهرية. (انظر: فهارسها ٢/ ٨٩-٩٢).

(٥) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٤١٧).

(١) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٣٧٨).

بابن قاضي سماونة (ت سنة ٨٢٣هـ) (١)

٧١- المبسوط: تصنيف شمس الأئمة محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت سنة ٤٨٣هـ)، شرح فيه كتاب: الكافي للحاكم الشهيد - السابق الذكر -(٢).

٧٢- المبسوط: تصنيف الإمام محمد بن الحسن الشيباني (ت سنة ١٨٩هـ). (٣)

٧٣- المجرد في فروع الحنفية: تصنيف الإمام إسماعيل بن الحسين بن عبد الله البيهقي. (٤)

٧٤- مجمع النوازل (والصحيح: مجموع النوازل والحوادث والواقعات): تصنيف الشيخ الإمام أحمد بن موسى بن عيسى بن مأمون الكشي (ت في حدود سنة ٥٥٠هـ). (٥)

٧٥- المحيط البرهان: تصنيف: الإمام برهان الدين محمود تاج الدين أحمد بن الصدر الشهيد، برهان الأئمة عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي (ت سنة ٦١٦ هـ). (٦)

٧٦- مختلف الرواية: للحنفية كتابان بهذا العنوان، أحدهما: مختلف الرواية في

(١) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٥٥١).
(٢) وهو مطبوع ومشهور.
(٣) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٥٨١).
(٤) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٥٩٣).
(٥) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٦٠٦).
(٦) له نسخ خطية كثيرة منتشرة في مكتبات العالم منها: نسخة في المدرسة الأحمدية بمدينة حلب، وقد حصل مركز المخطوطات والوثائق/ الجامعة الأردنية - هذه النسخة.
وله نسخة في مكتبة الأوقاف العامة/ الموصل، خزائن المدرسة الأمينية في جامع الباشا تحت رقم (٩/٥٤)، (٩/٥٥) (٩/٥٦) (٩/٥٧).
انظر : فهارسها: (٤/ ٨٩)

الخلافيات: تصنيف الشيخ الإمام أبي الليث نصر بن محمد السمرقندي (ت سنة ٣٧٥هـ).

والثاني: مختلف الرواية: تصنيف الشيخ الإمام علاء الدين محمد بن عبد الحميد المعروف بالعلاء العالم السمرقندي (ت سنة ٥٥٢ هـ). (١)

ولا مرجح لواحد منهما على الآخر.

وقد ورد مرة واحدة.

٧٧- مراتب الإجماع: تصنيف الإمام علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري (ت سنة ٤٥٦هـ). (٢).

وقد ورد مرة واحدة.

٧٨- معراج الدراية على شرح الهداية: تصنيف الشيخ الإمام قوام الدين محمد بن محمد البخاري الكاكي (ت سنة ٧٤٩ هـ). (٣)

وقد ورد مرة واحدة.

٧٩- الملتقط في الفتاوى الحنفية: تصنيف ناصر الدين أبي القاسم محمد بن يوسف الحسيني السمرقندي (ت سنة ٥٥٦هـ) (٤).

وقد ورد ثلاث مرات.

٨٠- المنتقى في فروع الحنفية: تصنيف الحاكم الشهيد أبي الفضل محمد بن محمد بن أحمد المقتول شهيداً سنة (٣٣٤هـ). (٥)

وقد ورد تسع مرات.

٨١- النكت: للشيرازي.

---

(١) انظر: كشف الظنون (٢/١٦٣٦).

- ولكتاب أبي الليث السمرقندي نسختان خطيتان في المكتبة الظاهرية/ دمشق تحت الأرقام (٨٠٢٩)، (٧٣٣٨) انظر: فهارسها (٢/١٦٠ - ١٦١).

(٢) وهو مطبوع ومشهور.

(٣) انظر: كشف الظنون (٢/٢٠٣٣).

(٤) انظر: كشف الظنون (٢/١٨١٣).

- له نسخة خطية في المكتبة الظاهرية/دمشق، تحت رقم (٧٧٧٧) انظر: فهارسها (٢/٢١٠).

(٥) انظر: كشف الظنون (٢/١٨٥١)

- له نسخة خطية في المكتبة الأزهرية تحت الرقم (١٣٠/ ٢٧٥٥).

٨٢- المنية (او منية الفقهاء) تصنيف: فخر الدين بديع بن أبي منصور العراقي الحنفي. (١).

٨٣- نوادر الأصول في معرفة أخبار الرسول: تصنيف أبي عبد الله محمدابن علي بن حسن بن بشير المؤذن الحكيم الترمذي المتوفى شهيداً سنة (٢٥٥هـ). (٢)

٨٤- نوادر ابن سماعة: تصنيف محمد بن سماعة بن عبد الله بن هلال بن وكيع، أبو عبد الله التميمي (ت سنة ٢٣٣هـ). (٣)

٨٥- النوادر: تصنيف الإمام محمد بن الحسن الشيباني (ت سنة ١٨٩هـ) (٤)

٨٦- نوادر هشام: تصنيف هشام بن عبد الله الرازي. من أصحاب محمد بن الحسن. (٥)

٨٧- النوازل في الفروع: تصنيف الإمام أبي الليث نصر بن محمد بن إبراهيم السمرقندي الحنفي (ت سنة ٣٩٣هـ). (٦).

٨٨- الهداية: تصنيف برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل

(١) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٨٨٦).
- له نسخة خطية في المكتبة الأزهرية تحت رقم (٢٤٠٨) حليم (٣٥١٥٥).
انظر: فهارسها (٢/ ٢٨٧).
(٢) وهو مطبوع.
(٣) انظر: تاج التراجم (٥٤) الفوائد البهية (١٧٠).
(٤) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٩٨٠).
(٥) انظر: الفوائد البهية (٢٢٣).
(٦) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٩٨١).
- له نسخة خطية في المكتبة الظاهرية/ دمشق تحت رقم (٩٨٦٢).
انظر: فهارسها (٢/ ٢٦٨ - ٢٦٩).

الفرغاني المرغناني (ت سنة ٥٩٣هـ). (١)

٨٩- الواقعات (أو واقعات الحسامي): تصنيف الصدر الشهيد حسام الدين عمر ابن عبد العزيز البخاري الحنفي (ت سنة ٥٣٦هـ). (٢)

٩٠- واقعات الناطفي (أو خزانة الواقعات في الفروع): تصنيف أحمد بن محمد ابن عمر الناطفي (ت سنة ٤٤٦ هـ) (٣).

٩١- الوقاية (أو وقاية الرواية في مسائل الهداية) تصنيف: الإمام برهان الشريعة محمود بن صدر الشريعة الأول عبيد الله المحبوبي الحنفي. (٤).

٩٢- وقف الخصاف (أو أحكام الأوقاف): تصنيف أبي بكر أحمد بن عمرو الخصاف (ت سنة ٢٦١هـ). (٥)

٩٣- وقف هلال (أو أحكام الوقف): تصنيف هلال بن يحي بن مسلم البصري، المعروف بهلال الرأي (ت سنة ٢٤٥هـ). (٦)

---

(١) وهو مطبوع ومشهور.

(٢) انظر: كشف الظنون (٢/ ١٩٩٨).

- له نسخة خطية في مكتبة الأوقاف العامة/ الموصل تحت رقم (٣٩/ ٦)

مدرسة الصائغ

انظر: فهارسها (٧/ ١٥١).

(٣) انظر: كشف الظنون (١/ ٧٠٣).

(٤) انظر: كشف الظنون (٢/ ٢٠٢٠).

- له نسخة خطية في دار الكتب الوطنية/ تونس تحت رقم (١٢٧).

انظر: فهارسها (١/ ٢٦).

(٥) مطبوع في القاهرة/ المطبعة الرحمانية/ سنة ١٩٣١م.

انظر: ذخائر التراث العربي (١/ ٤٩٣).

(٦) مطبوع في حيدر أباد الدكن/ سنة ١٩٣٦م.

انظر: ذخائر التراث العربي (٢/ ٨٩٤).

النسخ المعتمدة في التحقيق

اعتدمت في تحقيق هذا الكتاب على خمس نسخ، ثلاث منها خطية، واثنتين مطبوعتين. أما الثلاث الخطية فهي:

الأولى: وقد رمزت لها بالرمز (أ)

وجعلت لها خصوصية في ضبط النص عن النسخ الأخرى.

مكانها: هذه النسخة محفوظة في خزائن مكتبة الأوقاف العامة في بغداد تحت رقم «٣٦٥٦» وقد قمت بتحصيل نسخة ميكروفلمية عنها من بغداد.

ناسخها: محمود بن طورش الخطيب.

تاريخ النسخ: سنة ٩١٢هـ، كما جاء في آخرها.

عدد الأوراق: ٢٧٥ ورقة.

عدد السطور: ١٧ سطراً في كل صفحة.

متوسط كلمات السطر: ١٣ كلمة.

مكتوب على طرتها: معين الحكام.

البداية: تبارك الذي أبدع الموجودات بقدرته، وصنع أنواع المخلوقات بعظمته.

النهاية: فإن حالي ما شرحته في شرح الوقاية وهو مشهور، الحمد لله العلي الغفور.

خصوصيتها عن النسخ الأخرى:-

١- أنني قمت بالنسخ عنها، وقارنت باقي النسخ عليها.

٢- رجحت عبارتها واثبتها في نص الكتاب فيما إذا لم يترجح عندي غيرها، أو كان النص محتملاً للفروق المذكورة، كما هو واضح في منهجي في التحقيق.

ميزاتها:-

١- أُنها أقدم نسخة خطية لكتاب «معين الحكام» فيما أعلم.

٢- الخط جيد جداً، وهو مقروء بسهولة.

٣- النسخة كاملة، ليس فيها سقط من الأوراق.

٤- أنها مصححة بعد النسخ وعلامة ذلك وجود بعض التصحيحات على هامشها.

٥- أنها قليلة التصحيفات والأخطاء.

صفاتها الأخرى :-

١- أنها ليست مُجَدْوَلة.

٢- ليس فيها أي عطب، أو قرض، أو كلمات ممحاة.

الثانية: نسخة «ب».

مكانها: هذه النسخة محفوظة في مكتبة عارف حكمت بالمدينة المنورة تحت رقم ٢٥٦/٢٥٤.

تاريخ النسخ: ٩ - جمادى الآخر - ٩٨٧هـ، كما جاء في آخرها.

عدد الأورق: ٢١٩ ورقة.

عدد السطور: ٢١ سطراً في كل صفحة.

متوسط كلمات السطر: ١١ كلمة.

مكتوب على طرتها: معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، للشيخ العلامة علاء الدين أبي الحسن علي بن خليل الطرابلسي، قاضي القدس، الحنفي.

البداية: تبارك الذي أبدع الموجودات بقدرته، وصنع أنواع المخلوقات بعظمته.

النهاية: .... فإن حالي ما شرحته في الوقاية وهو مشهور، الحمد لله العلي

الغفور، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم.

مميزاتها بالإضافة لما ذكر:-

١- الخط جيد جداً، وهو مقروء بسهولة.

٢- النسخة كاملة، ليس فيها سقط من الأوراق.

٣- أنها مصححة بعد النسخ وعلامة ذلك وجود بعض التصحيحات على هامشها.

٤- أنها قليلة التصحيفات والأخطاء.

٥- أنها مُجَدْوَلة، ومفهرسة في أولها.

٦- مضبوطة بالشكل أحيانا.

٧- أن كاتبها من العلماء بالتوثيق والنسخ وإحترازاتها.

صفاتها الأخرى:-

أن بها كلمات ساقطة معدودة قد وقعت بياضاً، وقد أشرنا إليها في مواضعها.

النسخة الثالثة: نسخة «ج»

مكانها: هذه النسخة يوجد صورة ميكروفلمية عنها في مكتبة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة تحت رقم (٢٨٠٩)، إلا أنها مصورة عن النسخة المخطوطة المحفوظة بدار الكتب القومية - بمصر تحت رقم (٤٠٩) فقه حنفي.

تاريخ النسخ: ١٧ - ربيع الأول - ١٢٧٢ هـ، كما جاء في آخرها.

عدد الأوراق: ١٨٥.

عدد السطور: ٢٧ سطراً في كل صفحة.

متوسط كلمات السطر: ١٣ كلمة.

مكتوب على طرتها: كتاب معين الحكام للإمام الشهير بعلاء الدين الأسود.

البداية: تبارك الذي أبدع الموجودات بقدرته، وصنع أنواع المخلوقات بعظمته.

النهاية: فإن حالي ما شرحته في شرح الوقاية وهو مشهور.

مميزاتها:-

١- النسخة كاملة، ليس فيها سقط من الأوراق.

٢- مُجَدْوَلة

صفاتها الأخرى:-

١- الخط جيد ومقروء بوجه عام إلا في مواضع يسيرة في بعضها طول.

٢- النسخة غير مصححة بعد النسخ.

٣- فيها تصحيفات وأخطاء كثيرة شنيعة، يستنتج منها أن ناسخها أعجمي، كما أن فيها كلمات ساقطة.

٤- يظهر أن الرطوبة أصابت عددا قليلا من أوراقها فعطبت، إلا أن عطبها يسير يمكن معه بصعوبة معرفة المكتوب.

- وأما النسختان المطبوعتان، فهما: -

الأولى: نسخة «د».

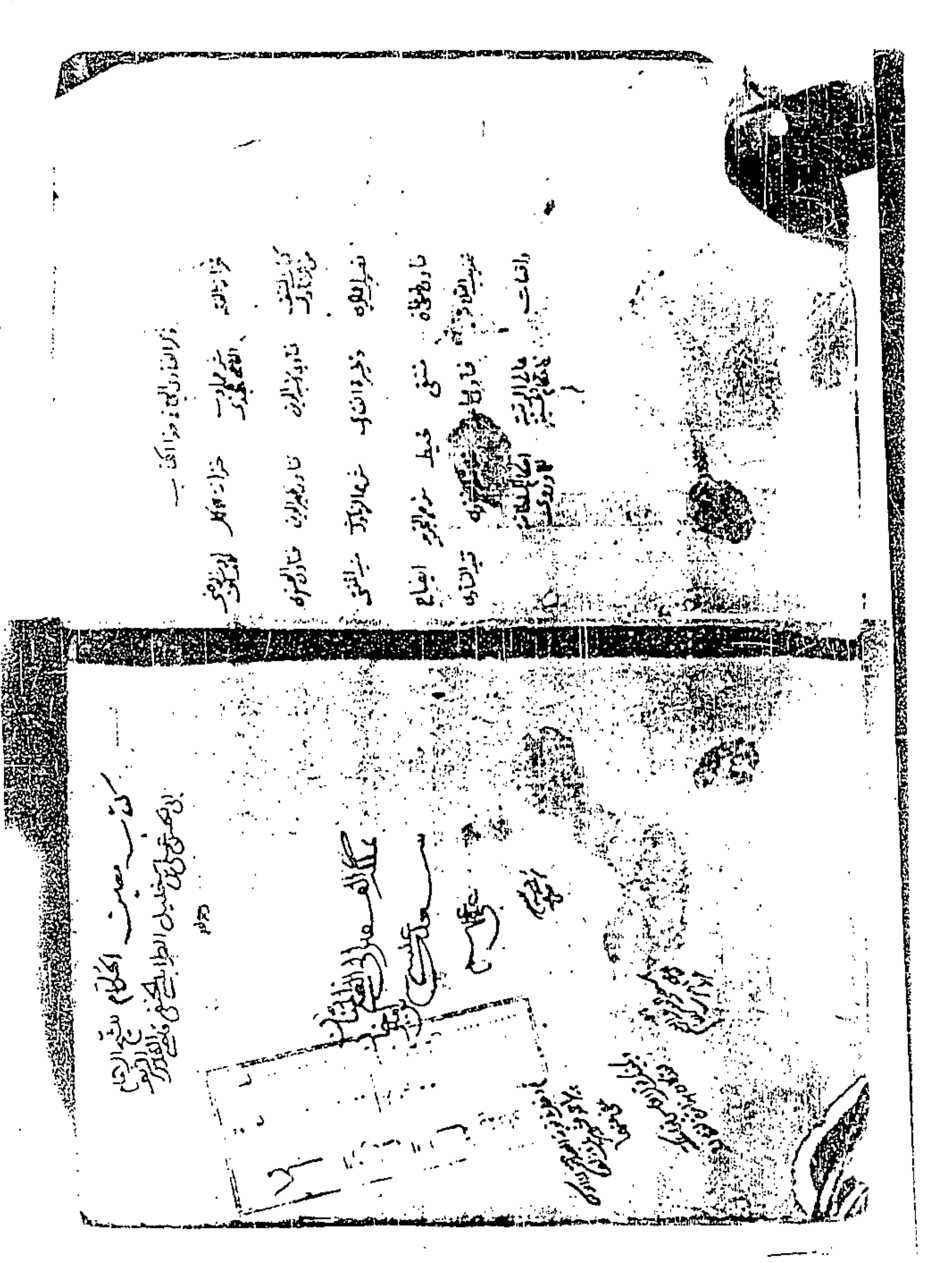
وهي النسخة المطبوعة في شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، الطبعة الثانية ١٣٩٣ هـ = ١٩٧٣م.

وهو مطبوع مع لسان الحكام في معرفة الأحكام لابن الشحنة الحنفي، أولا معين الحكام ويليه بعد أن ينتهي لسان الحكام.

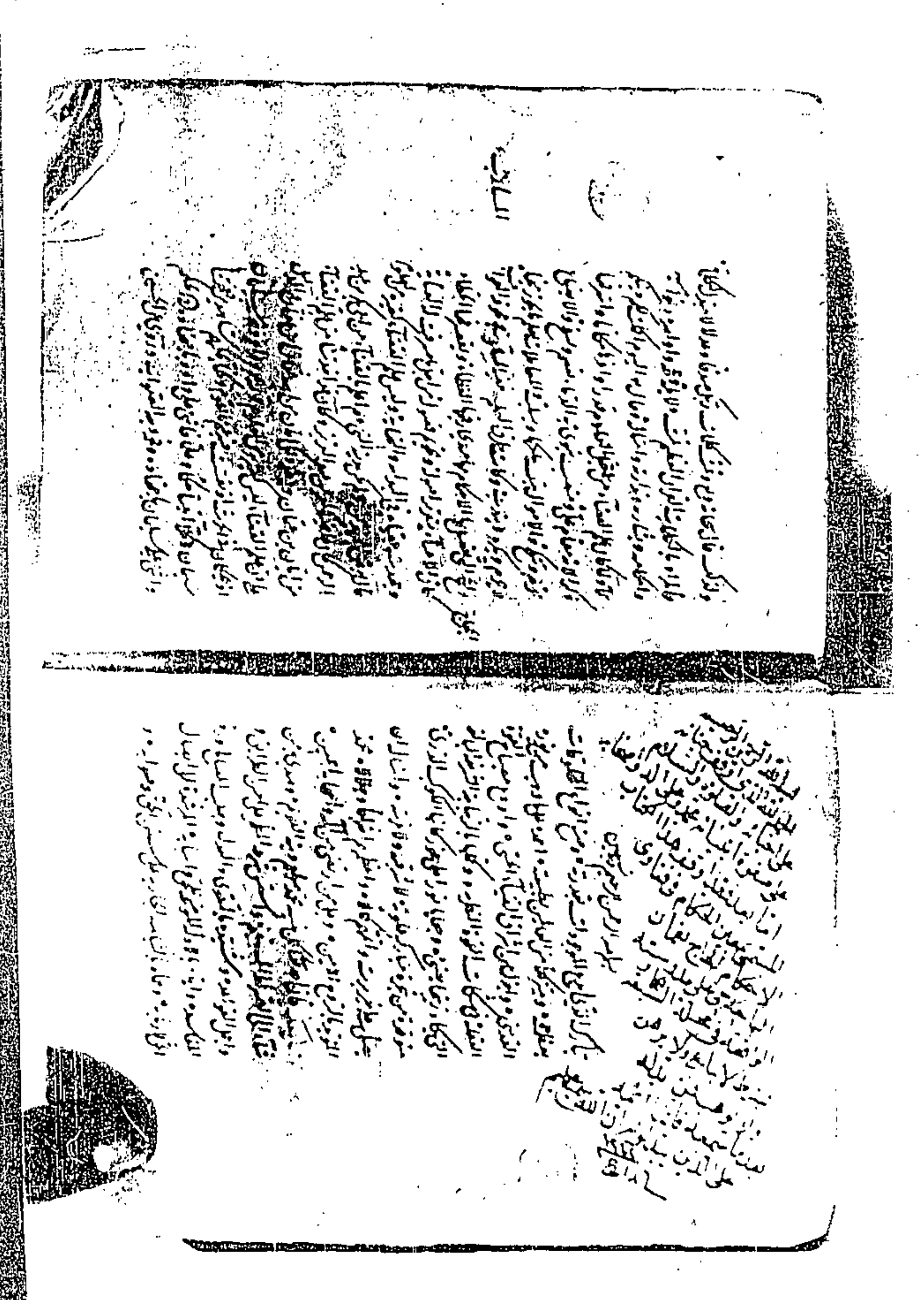
ويقع معين الحكام في ٢١٣ صفحة من القطع الكبير، كل صفحة ٣٢ سطرا، ومتوسط عدد كلمات السطر الواحد ١٩، وفيها تصحيف، وسقط، وأخطاء مطبعية.

الثانية: نسخة «هـ»

وهي النسخة المطبوعة في المطبعة الميمنية بالقاهرة، ١٣١٠هـ = ١٨٩٢م وهو مطبوع مع لسان الحكام في معرفة الأحكام لابن الشحنة الحنفي، حيث وضع المعين في المتن ولسان الحكام في الهامش بينهما جدولة، ويقع المعين في ٢٤٥ صفحة من القطع الكبير، كل صفحة ٢٥ سطرا، ومتوسط عدد كلمات السطر الواحد: ١٧، وفيها تصحيف، وسقط وأخطاء مطبعية.

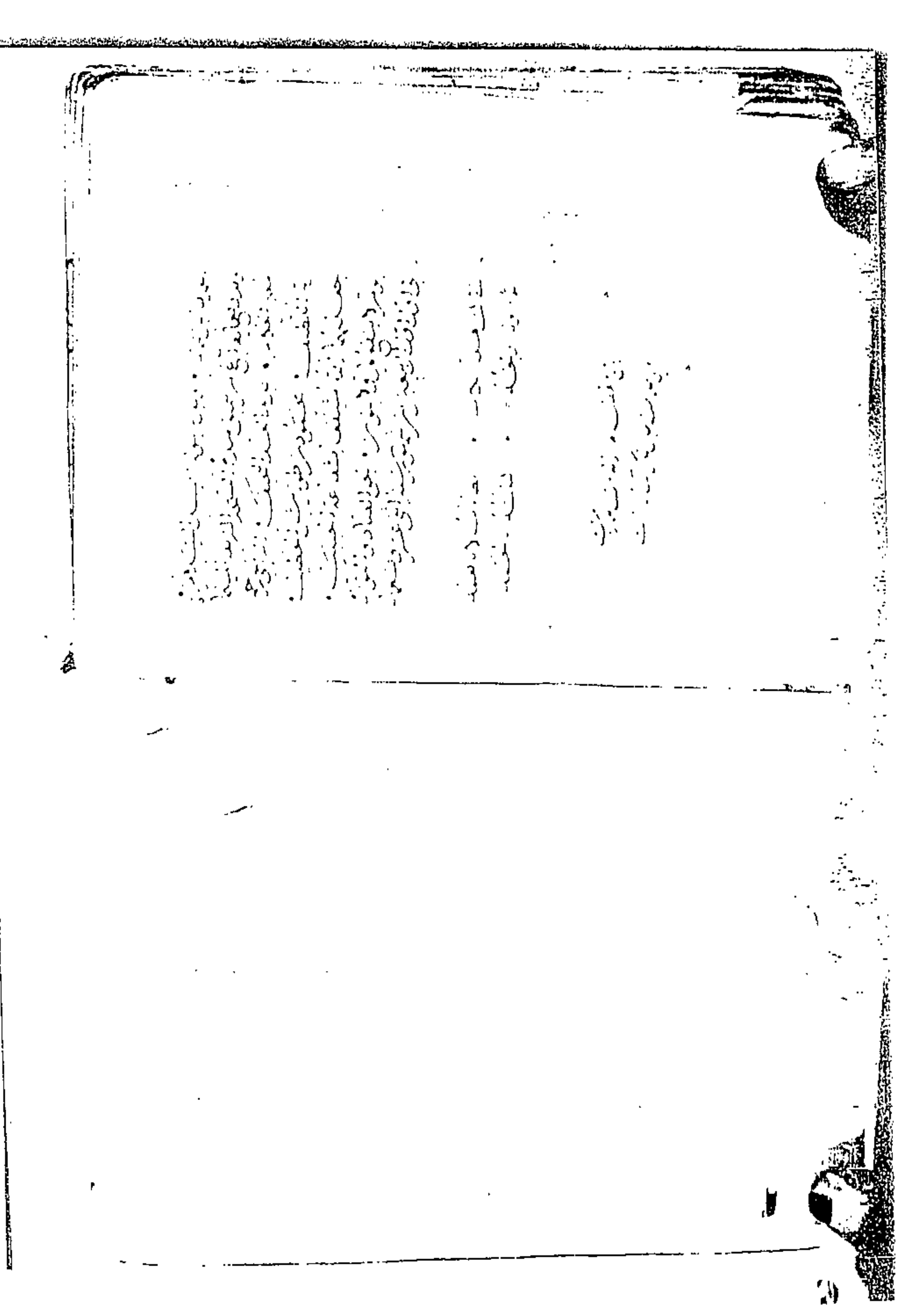


غلاف نسخة الأوقاف العامة/ بغداد (أ)



الورقة الأولى في نسخة الأوقاف العامة/ بغداد (أ)

بداية (القسم الثاني) في نسخة الأوقاف العامة/ بغداد (1)



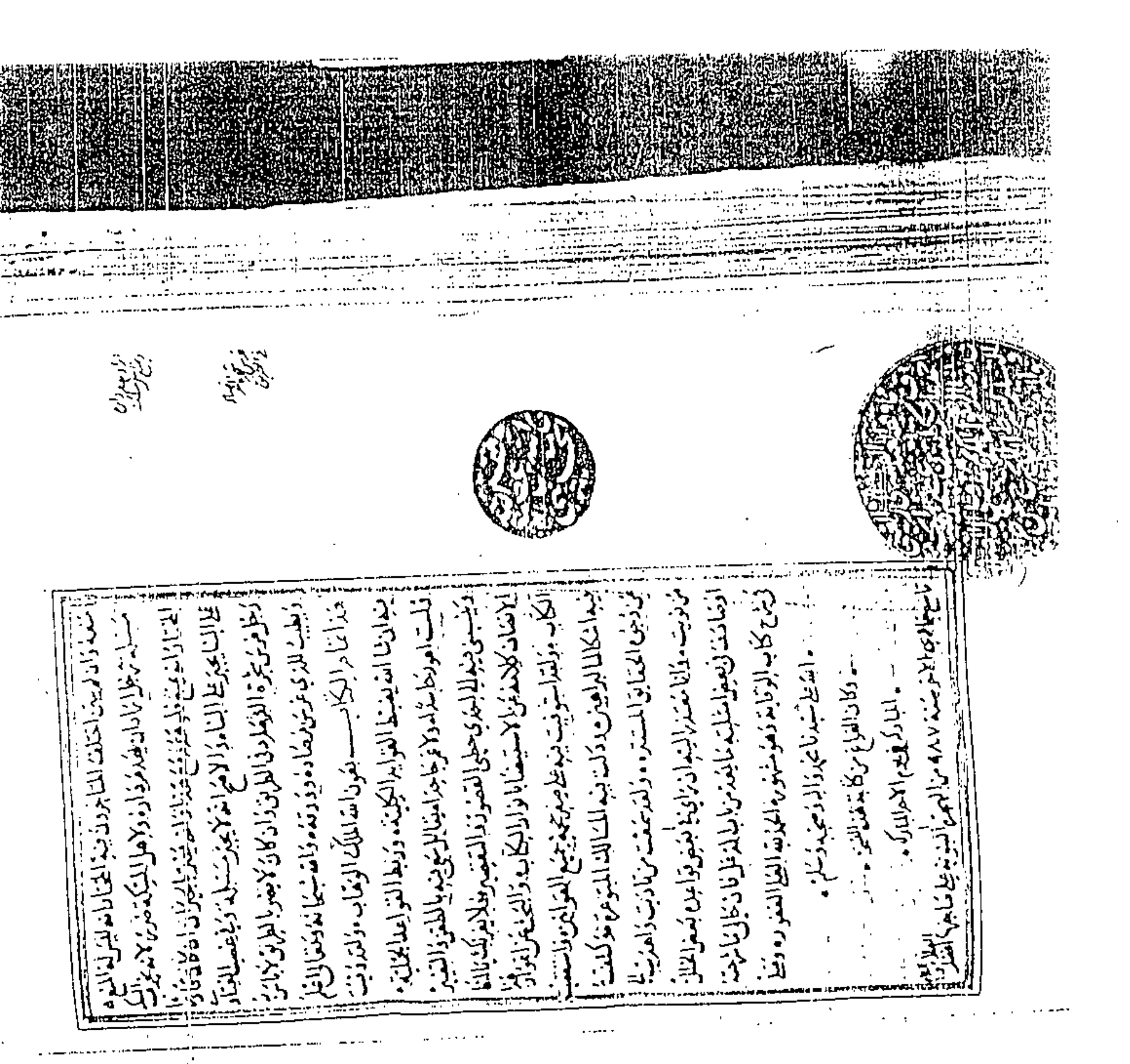
الورقة الأخيرة من نسخة الأوقاف العامة/ بغداد (أ)

غلاف نسخة عارف حكمت/ المدينة المنورة (ب)



الورقة الأولى من نسخة عارف حكمت/ المدينة المنورة (ب)

بداية (القسم الثاني) في نسخة عارف حكمت/ المدينة المنورة (ب)



الورقة الأخيرة من نسخة عارف حكمت/ المدينة المنورة (ب)

غلاف نسخة الجامعة الإسلامية/ المدينة المنورة من (دار الكتب القومية/ مصر) (ج)

الورقة الأولى من نسخة الجامعة الإسلامية/ المدينة المنورة من (دار الكتب القومية/ مصر) (ج)

بداية (القسم الثاني) من نسخة الجامعة الإسلامية/ المدينة المنورة من (دار الكتب القومية/ مصر) (ج)

الورقة الأخيرة من نسخة الجامعة الإسلامية/ المدينة المنورة من (دار الكتب القومية/ مصر) (ج)

القسم الثاني

قسم التحقيق والتعليق

ويشتمل على

- أولاً: القسم الثاني من الكتاب: في أنواع البيّنات وما يتنزل منزلتها ويجري مجراها.
- ثانياً: خاتمة الكتاب

القسم الثاني من الكتاب

في أنواع البينات وما يتنزل منزلتها ويجري مجراها
وينحصر ذلك في أحد وخمسين باباً.

(الباب الأول

في القضاء بأربعة شهود

وذلك في الشهادة على إثبات الزنا، وهي على وجهين) (١):-

الأول:- شهادة على رؤية الزنا، فهذا الوجه هو المتفق (٢) على أنه لا بد من أربعة شهود، لقوله تعالى: «فاستشهدوا عليهن أربعة منكم» (٣)، وقوله تعالى: «ثم لم يأتوا بأربعة شهداء». (٤)

الوجه الثاني: (الشهادة) (٥) على الاقرار به، (ولو كان أربع مرات عند غير الامام لم تقبل الشهادة عليه، ولا يعتبر ذلك الإقرار، لأنه لا يخلو أما أن يكون مقرا)(٦) أو جاحدا، فإن كان مقرا لم يوجد شرط قبول الشهادة، وإن كان منكرا فهو رجوع عن الاقرار فيسقط به الحد. (٧) وهذا خلاف للمالكية (٨) فانهم جوزوا الشهادة على الاقرار به ولو مرة واحدة. واختلفوا (٩) هل يكفي شهادة (رجلين) (١٠) على المقر. أو لا بد فيه من شهادة (اربعة) (١١) على الاقرار ؟ فهذا خلاف لسنا له (الان). (١٢)

---

(١) (الباب...... وجهين) :في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٢) عند فقهاء الحنفية وكذلك عند المالكية والشافعية والحنابلة وغيرهم من الفقهاء (انظر: تبيين الحقائق: ٤: ٢٠٨، المبسوط: ١١٤:١٦ رد المحتار: ٤٦٤:٥، تبصرة الحكام: ٢١٢:١، مغنى المحتاج: ٤٤١:٤، الروض المربع:٤٨٥، المغنى لابن، قدامة: ١٤٧:٩.

(٣) سورة النساء/ آية ١٥.

(٤) سورة النور/آية ٤.

(٥) (الشهادة) في: ج، د، هـ، وفي أ: الاقرار على الشهادة، وفي ب: في الشهادة.

(٦) (ولو كان .... مقرا) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٧) انظر: البدائع: ٥٠:٧، تحفة الفقهاء: ٣: ٢١٩، الهندية:١٤٣:٢.

(٨) انظر: تبصرة الحكام: ١: ٢١٩، مواهب الجليل: ٦: ٢٩٤، التاج والاكليل: ٦: ٢٩٤، الكافى:٥٢٧.

(٩) اي المالكية.

(١٠) (رجلين) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: الرجلين.

(١١) (اربعة) في: أ، ب، ج، هـ وفي د: اربع.

(١٢) (الان): في: أ، ب، ج، هـ، وساقطة من د.

- راجع: تبصرة الحكام: ٢١١:١.

فرع:

والحد لا يتعلق بالإقرار حتى يقر اربع مرات، في أربعة مجالس مختلفة من مجالس المقر دون القاضي. (١)

ولا يسأل في الإقرار متى زنى، ويسأل ذلك الشهود، لأن التقادم لا يؤثر في الاقرار ويؤثر في الشهادة. (٢)

ويجوز أن يسأل في الاقرار ايضا، لاحتمال أنه زنى حالة الصبا. (٣)

---

(١) انظر: الهداية وشرح فتح القدير والعناية: ٥:٢١٨ وما بعدها، الاختيار: ٤:٨٢، وما بعدها، رد المحتار: ٤:٩، مختصر الطحاوي ٢٦٣، تحفة الفقهاء: ٣:٢١١، شرح ادب القاضي لابن مازة: ٤:٤٨٦، بدائع الصنائع ٧:٥٠.

- وفيها:

ان الدليل على ذلك ان ماعزاً بن مالك اقر عند النبى صلى الله عليه وسلم فاعرض عنه، فعاود فاقر فاعرض عنه، فعاود الثالثة فاقر فاعرض عنه، فعاود الرابعة فاقر، فقال صلى الله عليه وسلم «الآن اقررت اربعا فبمن ؟».

والحديث اخرجه احمد في مسنده (٥/٢١٦ - ٢١٧) وأبو داود في سننه (عون المعبود ١٢/٩٩ رقم ٤٣٩٦/الحدود/ رجمة ماعز بن مالك) وفي اسناده هشام بن سعد المدني وفيه ضعف، ويزيد بن هزال لم يوثقه غير ابن حبان، وقد اختلف في اسناده فرواه يزيد بن نعيم ، - ونعيم مختلف في صحبته - ورواه ايضا نعيم عن ابيه الهزال مؤننا، اخرجه النسائي (الاصابة ٣/٦٠٢). واخرجه الحاكم (٤/٣٦٣) عن نعيم بن هزال عن أبيه الهزال.

وأما اوجه الدلالة من الحديث فهي:

أ) قوله صلى الله عليه وسلم «الآن اقررت اربعا» دلت على أن موجب الحد هو الاقرار اربعا.

ب) تاخير اقامته صلى الله عليه وسلم للحد إلى أن تم الاقرار من ماعز أربع مرات في أربعة مجالس مختلفة، فدل هذا الأمر على أنه لا بد من اختلاف المجالس حتى تتعدد الاقارير من أجل الابتعاد عن شبهة الاتحاد في الاقرار.

ج) ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل اقرار ماعز بالزنا وهو في مكانه لكن الذي اختلفت هي مجالس ماعز فدل ذلك على أن المعتبر اختلاف مجالس المقر.

ويكون اختلاف مجلس المقر بأن يطرده القاضي حتى يتوراى عن بصره ويعود فيقر مرة أخرى.

(٢) انظر: تحفة الفقهاء: ٣: ٢١٨، رد المحتار: ٤:٩، حاشية الطحطاوي ٢:٣٩٠، الهندية: ٢:١٤٤، شرح فتح القدير: ٥: ٢٢٢، بدائع الصنائع: ٧: ٥٠.

- وفيها ايضا:

انه يسأل الشهود أيضا عن الزنا ما هو؟ وكيف هو ؟ وبمن زنى ؟ واين زنى لانه عساه غير الفعل بالفرج، أو زنى في دار الحرب أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الأبن أو زنى في المتقادم من الزمان، فيستقصي في ذلك احتياطا للدرء.

واما بيان أن التقادم مؤثر في الشهادة دون الاقرار، ذلك لأن الشاهد بتأخير شهادته متهم بالفسق أو العداوة فلا تقبل شهادته، وأما الاقرار فلا يبطله التقادم، لأن الانسان غير متهم في حق نفسه لأنه لا يعادي نفسه.

(مسألة) (١)

ولو اقر (٢) بالزنا مرتين وشهد عليه أربعة عدول بالزنا (ذكر) (٣) في «النوادر» أنه لا يحد عند "أبي يوسف"، وعند "محمد" يحد. (٤)

(مسألة) (٥)

ولا يجوز في تزكية السر (٦) إلا أربعة عند "محمد" رحمه الله (من "المحيط")(٧).

=

- وقد ذهب بعض الحنفية الى أن هذا هو الاصح.

انظر : (رد المحتار: ٤: ٩، حاشية الطحطاوي: ٢: ٣٩٠، حاشية سعدي جلبي على الهداية: ٥: ٢٢٢).

(١) (مسألة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فرع، وهو خطأ.

(٢) (ولو أقر) مكرر في ج.

(٣) (ذكر) في: أ، ج، د، هـ. وفي ب: وذكر.

(٤) انظر: شرح فتح القدير: ٥: ٣٠٠ وما بعدها، الفتاوى الهندية: ٢: ١٤٤، الفتاوى الخانية: ٣: ٤٧٠- ٤٧٢.

- وقد وافق أبو يوسف ابا حنيفة في هذا القول، ووجهه: أن شرط قبول البينة هو انكار الخصم وهو مقر هنا، ولا حكم لإقراره لأنه لم يقع على الصفة المعتبرة شرعا فيبطل الحد، وخلاف محمد معهما بناء على أن البينة وقعت معتبرة فلا تبطل إلا باقرار معتبر، بان يكون أربعة أقارير في مجالس مختلفة والإقرار هنا باطل لعدم وقوعه على الصفة المعتبرة شرعا فلا تبطل به البينة المعتبرة (انظر: المراجع السابقة).

(٥) (مسألة) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: فرع.

(٦) وتزكية السر تكون بأن يبعث القاضي إلى المزكي كتابا فيه معلومات عن الشاهد، فيرد المزكي على القاضي سرا بعدالة الشاهد أو جرحته أن كان يعرفه وإلا قال عنه مستور.

انظر: (الهداية وشرح فتح القدير والعناية: ٧: ٣٧٩ وما بعدها. تبيين الحقائق ٤: ٢١١، حاشية قرة عيون الاخيار: ٧: ٨٠، روضة القضاة: ١: ٢٢٨).

(٧) انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة: ٣: ٤٠، حاشية قرة عيون الاخيار: ٧: ٩١، الاختيار ٢: ١٤٣، = = حاشية الطحطاوي: ٣: ٢٣٣، تبيين الحقائق: ٤: ٢١٢، الفتاوى الخانية: ٢: ٤٦٢، شرح فتح القدير: ٧: ٣٨١.

=

- وجه قول محمد رحمه الله: أن التزكية في معنى الشهادة: لذلك يشترط فيها ما يشترط في الشهادة من العدالة والعدد. وحد الزنا لا بد فيه من أربعة شهود، لذلك لا بد في التزكية من أربعة.

- وقد خالف محمد رحمه الله ابا حنيفة، وابا يوسف رحمهما الله حيث أجازا قول الواحد في تزكية السر، لأن التزكية عندهما ليست في معنى الشهادة، بدليل أنه لا يشترط فيها لفظ اشهد على عكس الشهادة. واشتراط العدد في الشهادة امر تعبدي لا يقاس عليه غيره.

(انظر: المراجع السابقة).

فرع:

الشهادة على الشهادة:

قال في (الاصل) (١): لا يجوز على شهادة رجل أقل من شهادة رجلين أو رجل (وامرأتين) (٢)، من "الخلاصة" (٣).

مسألة:

اللعان (٤) لا يكفي فيه أقل من (أربع)(٥) شهادات، (لانها) (٦) شهادات عندنا (٧) مؤكدة بالايمان، لأن الله تعالى استثناهم (٨) عن الشهداء بقوله:

«والذين يرمون أزواجهم، ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم» (٩).

والمستثنى يكون من جنس المستثنى منه.

ثم قال: «أربع شهادات بالله» والباء للقسم فجعلنا الركن شهادات مؤكدة بالايمان(١٠).

والزوج يصلح شاهدا في اثبات الزنا، ولهذا اذا شهد معه ثلاثة بالزنا عليها، لم يكن الزوج قاذفا فتحد المرأة. (١١)

---

(١) (الاصل) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: الاصلى. خطأ مطبعي.

(٢) (وامرأتين) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: امرأتان، خطأ نحوي.

(٣) انظر: المبسوط: ١٦: ١٣٧، شرح فتح القدير ٧: ٤٦٤، حاشية قرة عيون الاخيار: ٧: ٧: ٢٢٦.

- ذلك لأن الشهادة حق كباقي الحقوق فلا تثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

(انظر: شرح فتح القدير والعناية: ٧: ٤٦٤).

(٤) اللعان: شهادات مؤكدة بالايمان مقرونة باللعن، وانه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف، وفي جانب الزوجة قائم مقام حد الزنا. (البدائع: ٧: ٢٤١ - ٢٤٢).

(٥) (اربع) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: اربعة، خطأ نحوي.

(٦) (لأنها) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: لأنه.

- الضمير يعود إلى ا لشهادة وليس اللعان.

=

....

---

(٧) اي: عند الحنفية (انظر: شرح فتح القدير: ٤:٢٧٨).

(٨) اي استثنى إلا زواج من الشهداء. (انظر: العناية: ٤:٢٧٨).

(٩) سورة النور/آية ٦.

(١٠) انظر: بدائع الصنائع: ٣:٢٤٢، الهداية وشرح فتح القدير : ٤:٢٧٨ وما بعدها، تحفة الفقهاء: ٢: ٣٢٤، الاختيار: ٣:١٦٧، رد المحتار ٣:٤٨٢، حاشية الطحاوي: ٢:٣٠٢، مختصر الطحطاوي: ٢١٥، الفتاوى الخانية: ١: ٥٤٨، الفتاوى الهندية: ١:٥١٤.

- وفيها:

الاستدلال ايضا باشراط لفظة «اشهد» وحضور الحاكم.

كما ينبني على هذا اشتراط أهليه الشهادة في الملاعن، حتى لا يجوز بين كافرين أو عبدين أو محدودين.

(١١) انظر: الدر المختار: ٤:٧، حاشية الطحطاوي: ٢:٣٨٩، بدائع الصنائع: ٣:٢٤٠، شرح فتح القدير: ٥:٢١٤، الفتاوى الهندية: ٢:٥٢١.

- والمسألة ليست على اطلاقها عند الحنفية، فالزوج يصلح شاهدا على زوجته بالزنا إن لم يكن قاذفا لها سابقا، لأنه لو كان كذلك لكان متهما في شهادته فترد شهادته، ويحد هو والشهود الثلاثة. إذ أنه يكون متهما بجلب مغنم أو دفع مغرم وذلك أما بدفع اللعان عنه، أو سقوط نصف المهر، لأن الفرقة جاءت من قبل الزوجة. أما إن لم يكن قاذفا لها سابقا فتقبل شهادته لنفي التهمة إذ يلحقه عار بذلك ويخلو فراشه من زوجه. لذلك تحد المرأة ولا يعتبر قاذفا. (انظر: المراجع السابقة).

(مسألة :-

الشهودالذين يحضرون عقوبة (الزاني) (١) اقلهم اربعة (٢)) (٣).

---

(١) (الزاني) في: أ، ج، وفي ب، د، هـ: الزنا.

(٢) (مسألة الشهود ..... اربعة): في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٣) تابع المصنف رحمه الله: صاحب تبصرة الحكام في هذه المسألة حيث وردت في كتاب تبصرة الحكام بهذا النص: (٢١٢:١)، وهي على خلاف مذهب الحنفية، حيث انني لم اظفر- فيما اطلعت عليه من كتب الحنفية -بنص يؤيد عبارة المصنف وغالب كتب الحنفية التي بحثت هذه المسألة تطلق أن اقامة الحد يجب أن يكون في ملأ، من الناس ولم تحدد ان كان أربعا أو غير ذلك.

فقد قال البدائع: ٧: ٦٠، «وينبغي أن تقام الحدود كلها في ملأ من الناس، لقوله تبارك وتعالى «وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين»، والنص وإن ورد في حد الزنا، لكن النص الوارد فيه يكون وارد في سائر الحدود دلالة لأن المقصود في الحدود كلها واحد، وهو زجر العامة، وذلك لا يحصل إلا وان تكون على رأس العامة، لأن الحضور يتزجرون بأنفسهم بالمعاينة، والغيب يتزجرون باخبار الحضور».

وقال ابن مازة في شرح ادب القاضي: ٤: ٤٦٨ عند استعراضه اقوال المفسرين لقوله تعالى : «وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين»: « السنة في إقامة حد الزنا أن يقام بملأ لأن النص به نطق».

وقال الجصاص في شرح ادب القاضي: ٧٣٠ « وذكر مجاهد تأويل قوله تعالى: «وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين». ان الطائفة اسم للواحد فما فوقه، يعني أن يحضر طائفة من المؤمنين عند إقامة الحد».

هذا وقد يستأنس لعبارة المصنف ان الحنفية اشترطوا بداءة شهود الزنا بالرجم في حال ثبوت الزنا بالبينة، ولكنه منخرم فيما لو ثبت الحد باقرار الزاني.

انظر: (الاختيار: ٤: ٨٤، شرح فتح القدير: ٥: ٢٢٥، تحفة الفقهاء: ٣: ٢٢٠، الفتاوى الخانية: ٣: ٤٧٣، شرح ادب القاضي لابن مازة: ٤: ٤٨٢، مختصر الطحاوي: ٢٦٣).

مسألة :

اذا (دُعي) (١) إلى الشهادة على امرأة لا يعرفها (٢)، (فلا) (٣) يشهد عليها في قول "أبي حنيفة" حتى يشهد عنده جماعة أنها فلانة (اقلها) (٤) اربعة.

وقيل: ثلاثة (٥)، خلافا لصاحبيه. (٦)

مسألة :

الشهادة المسماة بالعرفية إذا تحملها بالتسامع في النكاح، والوقف، والنسب، والولاء، (وما أشبه ذلك) (٧)، وهو أن يشيع على السنة قوم لا يتصور (تواطؤهم) على الكذب. (٨)

قالوا: أقلها (٩) أربعة. ويشهد ولا يفسر(١٠). فإن فسر فليست بعرفية فلا تقبل. (١١)

وقيل: تقبل (١٢). والله تعالى اعلم.

---

(١) (دعى) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: ادعى. تصحيف.

(٢) بان كانت متنقبة، أو سمع صوتها وهي تقر من وراء حجاب وهو لا يرى شخصها.

انظر: (الفتاوى الخانية ٢:٤٨٥، الفتاوى الهندية ٣:٤٥٢، الفتاوى البزازية ٥:٢٤٦، حاشية الشلبي في تبيين الحقائق ٤:٢١٤، جامع الفصولين ١:٨٩).

- أما إن كان يرى وجهها ولا يعرفها، فيجوز له أن يشهد عليها طالما هي على قيد الحياة - دون أن يشهد عنده احد - لأنه لا يحتاج إلى التعرف عليها عند القاضي بل إلى الاشارة اليها وهو ممكن، أما إن كانت ميتة وقت القضاء فهو على الخلاف المذكور في باقي المسألة.

(انظر: الفتاوى الهندية ٣:٤٥١ - ٤٥٣، جامع الفصولين ١:٨٩).

(٣) (فلا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لا.

(٤) (اقلها) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: اقلهم، تصحيف.

(٥) لم اجد فيما اطلعت عليه من كتب الحنفية ما يؤيد المصنف رحمه الله من أن عدد الجماعة ثلاثة أو أربعة في قول الامام ابي حنيفة، بل ان هذه الكتب تطلق عدد الجماعة، أو تقيده بعبارة (لا يتصور تواطؤهم على الكذب).

(انظر: الفتاوى الهندية ٣:٤٥٢، الفتاوى الخانية ٢:٤٨٥، حاشية الشلبي ٤:٢١٤، جامع الفصولين ١:٨٩).

(٦) حيث أجاز الصاحبان شهادة الرجل على امرأة لا يعرفها. إذا عرّف عليها واحد عدل، والاثنان أحوط.

(انظر: رد المحتار ٧:٦٢، حاشية الشلبي ٤:٢١٤، الفتاوى الهندية ٣:٤٥٢، الفتاوى الخانية ٢:٤٨٥، الفتاوى =

....

=

البزازية ٥:٢٤٦، جامع الفصولين ١:٨٩).

(٧) (وما أشبه ذلك) في: ب، د، هـ، وفي أ، ج: وما اشبهه.

(٨) هذا قول الامام ابي حنفية رحمه الله، وعند صاحبيه إذا اخبره بذلك عدلان يكفي ذلك والفتوى على قولهما.

(انظر: الهداية وشرح فتح القدير ٧:٣٨٩ - ٣٩٠، جامع الفصولين ١:١٢٤، الفتاوى الهندية ٣:٤٥٨، رد المحتار ٧:٩٥، تبيين الحقائق ٤:٢١٢).

(٩) لم اقف فيما اطلعت عليه من كتب الحنفية على عبارة تقيد العدد بأربع.

(١٠) اي لا يبين أنه يشهد عن تسامع.

انظر: (تبيين الحقائق ٤:٢١٦، روضة القضاه ١:٢١٩، حاشية قرة عيون الاخيار ٧:١٠٣، الاختيار ٢:١٢٤٤، الهداية وشرح فتح القدير ٧:٣٩٠، الفتاوى الهندية ٣:٤٥٨).

(١١) ووجه القول بعدم القبول ظاهر، وذلك لأن الاصل في الشهادة المعاينة وعند تفسير الشاهد لشهادته السماعية صرح بعدم المعاينة. فلا تقبل شهادته.

(انظر: جامع الفصولين: ١:١٢٤، الهداية ٧:٣٩١، الهندية ٣:٤٥٨).

(١٢) وجه القول بالقبول: ان الشهادة في هذه الأمور جائزة بالتسامع فلذلك لو بين الشاهد أنه شهد تسامعا، فقد بين امرا جائزا فتقبل وخاصة في الوقف فانه في الغالب لا تكون الشهادة به إلا تسامعاً لأنه يبقى سنين طويلة. والقول بالقبول هو الأصح في المذهب.

(انظر: شرح فتح القدير ٧:٣٩٠، جامع الفصولين ١ك١٢٤، حاشية قرة عيون الاخيار ٧:١٠٣، الفتاوى ا لهندية ٣:٤٥٨).

الباب الثاني

في القضاء بشاهدين لا يجزئ غيرهما

وذلك في النكاح، والرجعة (١)، والطلاق، والخلع (٢)، والعدة (٣)، والتمليك(٤)، والمبارأة (٥)، والعتق (٦)، والإسلام، والردة، والولاء(٧)، والنسب والكتابة (٨)، والتدبير(٩)، والبيوع، والاقالة (١٠)، والخيارات(١١)، والشركة، والحوالة. (١٢). (والجعالة)(١٣)، والكفالة (١٤)، (والوكالة) (١٥)، والشرب (١٦)، والقذف، (والحرية) (١٧)، والاحلال (١٨)، والاحصان (١٩)، وقتل العمد، والصلح(٢٠).

فكل هذه الاحكام لا تثبت إلا بشاهدين رجلين عدلين مقبولين إلا في (الزنا)(٢١).

---

(١) الرجعة: هي الرجعة في الطلاق. وهي استدامة القائم في العدة وهو ملك النكاح (التعريفات: ١٠٩).

(٢) الخلع: إزالة ملك النكاح بأخذ المال. (التعريفات: ١٠١).

(٣) العدة: هي تربص المرأة عند زوال النكاح المتاكد، أو شبهته (التعريفات: ١٤٨).

(٤) التمليك: هو تمليك الدين من غير من عليه الدين، وصورته: ان كان في التركة ديون. فإذا اخرجوا احد الورثة بالصلح، على ان يكون الدين لهم لا يجوز الصلح، لأن فيه تمليك الدين الذي هو حصة المصالح من غير من عليه الدين وهم الورثة فبطل. وإن شرطوا أن يبدأ الغرماء من نصيب المصالح من الدين جاز، لأن ذلك تمليك الدين ممن عليه الدين، وهو جائز (التعريفات: ٦٧).

(٥) المبارأة: بالهمزة وتركها خطأ. وهو أن يقول لامرأته برئت من نكاحك وتقبله هي (التعريفات: ١٤٧).

(٧) الولاء: هو ميراث يستحقه المرء، بسبب عتق شخص في ملكه، او بسبب عقد الموالاة (التعريفات: ٢٥٥).

(٨) الكتابة: إعتاق المملوك يدا حالا. ورقبته مالاً، حتى لا يكون للمولى سبيل على اكسابه (التعريفات: ١٨٣).

(٩) التدبير: تعليق العتق بالموت (التعريفات: : ٥٤).

(١٠) الاقالة: فسخ لعقد البيع قبل قبض المبيع وبعده في قول الامام ابي حنفية رحمه الله، وهي فسخ للعقد قبل القبض بيع جديد بعد القبض في قول ابي يوسف رحمه الله.

(انظر: مختصر الطحاوي: ٧٩، الاختيار ٢: ١١).

(١١) الخيارات: وهي أنواع عند الحنفية منها خيار الشرط، وخيار العيب، وخيار الرؤية، وخيار اجازة عقد الفضولي، وخيار تفرقه المعقود عليه بهلاك البعض قبل القبض والاستحقاق.

انظر: (الفتاوى الخانية ٢: ١٧٨، الاختيار ٢: ١٢، وما بعدها).

(١٢) الحوالة: مشتقة من التحول بمعنى الإنتقال، وفي الشرع: نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. (التعريفات: ٩٣).

(١٣) (الجعالة) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

....

=

- والجعالة أو الجعل: ما يجعل للعامل على عمله (التعريفات: ٧٦).

(١٤) الكفالة: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الاصيل في المطالبة.
(التعريفات: ١٨٥).

(١٥) (والوكالة) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

- والوكالة: بكسر الواو، وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا، إذ فوض اليه ذلك، وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن اقامة الانسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم (العناية: ٧:٤٩٩).

(١٦) الشرب: هو النصيب من الماء للاراضي وغيرها (التعريفات:٧٦).

(١٧) (والحرية): في: ج، و في: أ، ب، د، هـ: الحرابة.

(١٨) الاحلال: الاباحة وهي من احلال الشيء لغيره أي اباحته له انظر: (معجم لغة الفقهاء د. محمد رواس:٤٨).

(١٩) الاحصان: هو أن يكون الرجل عاقلاً بالغا حراً مسلما، دخل بامرأة بالغة عاقلة حرة مسلمة بنكاح صحيح.
(التعريفات:١٢).

(٢٠) الصلح: هو في اللغة اسم من المصالحة. وهي المسالمة بعد المنازعة وفي الشرع عقد يرفع النزاع.
(التعريفات:١٣٤).

(٢١) خالف المصنف رحمه الله مذهب الحنفية في أغلب الأمور التي قال عنها انها لا تثبت إلا بشاهدين عدلين مقبولين، ووافقهم في الشهادة على اثبات الزنا، ووجه المخالفة أن اغلب هذه الأمور تثبت عند الحنفية بشاهدين أو بشاهد وامرأتين وبيان ذلك أن الشهادة عند الحنفية على مراتب منها:

المرتبة الأولى: الشهادة على الزنا ولا يجزىء فيها أقل من أربعة رجال عدول.

المرتبة الثانية: الشهادة على بقية الحدود والقصاص، ولا يجزئ فيها إلا شهادة رجلين عدلين مقبولين.

المرتبة الثالثة: الشهادة على ما سوى ذلك من الحقوق والمعاملات سواء كان الحق مالا أو غيره كالنكاح، والطلاق، والوكالة، والوصية، والعتق، والرجعة، والنسب والعدة، والحوالة، والوقف، والصلح، والهبة، والاقرار، والابراء، والولادة، وغير ذلك. فان ذلك كله يثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

(انظر: المبسوط ١٦:١١٤، تبيين الحقائق ٤:٢٠٨، وما بعدها، الهداية وشرح فتح القدير ٧:٣٦٩، مجمع الانهر ٢:١٨٦، الاختيار ٢:١٨٦، تحفة الفقهاء ٣:٦٢٤، الفتاوى الهندية ٣:٤٥١، رد المحتار ٧:٧٥).

فان شهد في هذه (١) الامور شاهد واحد احدث حكما اخر، بيانه: لو شهد واحد على الطلاق قبل الدخول (٢)، أو على الطلاق البائن. وطلبت المرأة أن يضعها على يدي عدل. (٣) إن كان الشاهد فاسقا لا يضعها، لأنها لا توجب حكما. وان قالت: الشاهد الآخر غائب، لا يضع، لأنه ربما (لا يحضر) (٤)، (فلا يبطل) (٥) حق الزوج بالشك، وان قالت: حاضر(٦) يضع استحسانا، لأن قول الواحد العدل في باب (الحرمات) (٧) مقبول، وأمر البضع (٨) يحتاط فيه فيحول بينهما احتياطا (٩)، ولكن لا تجب الحيلولة، لأن سبب الحل قائم وهو النكاح حتى (لو) (١٠) لم يحل بينهما لا بأس به. (١١)

---

(١) اي الأمور السابقة الذكر، التي قال عنها المصنف انها لا تثبت إلا بشاهدين عدلين. والعبارة فيها نوع تساهل، لأن شهادة الواحد لا يتعلق بها حكم خاص إلا إذا كانت مختصة في باب الفروج حفظا لحق الله تعالى (انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٣:١٩٥ - ٢٠٠).

(٢) لم اجد - فيما اطلعت عليه من كتب الحنفية - مسألة شهادة الواحد على الطلاق قبل الدخول، وإنما المذكور شهادة الواحد على الطلاق البائن. ولعل السبب في ذلك أن الفائدة المرجوة من ايراد هذه المسألة هي حيلولة القاضي بين الزوج والزوجة خوفا من الوطء حفظا لحق الله تعالى. وهذه الفائدة منعدمة هنا لأن المرأة ليست في يد الزوج حتى يحول بينهما. والله تعالى اعلم.

(٣) بان يجعل معها امرأة ثقة مأمونة تحفظها، وتمنع زوجها منها (شرح ادب القاضي لابن مازة ٣:١٩٨، شرح ادب القاضي للجصاص ٣٧٦).

(٤) (لا يحضر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ب: يحصل، تصحيف.

(٥) (فلا يبطل) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فبطل فلا يبطل.

(٦) اي حاضر في المصر، تأتى به فلى المجلس الثاني. (انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٣:٢٠٠).

(٨) البضع: بالضم، يطلق على الفرج (المصباح المنير للفيومي:٥١).

(٩) شرح ادب القاضي لابن مازة ٣:٢٠٠.

- والقياس أن لا يضعها لأن قول الواحد شطر الحجة، فصار وجوده وعدمه سواء، فيبقى مجرد دعوى. (انظر: المرجع السابق).

(١٠) (لو) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج:لم. تصحيف.

(١١) خالف المصنف الحنفية في وجوب الحيلولة، لأنه يرى الحيلولة من باب الاحتياط لا الوجوب. أما الحنفية فإنهم يرونها من باب الوجوب. قال في شرح ادب القاضي لابن مازة ٣:٢٠٠ «ان قول الواحد حجة في باب الديانات حقا لله تعالى، والحل والحرمة حق لله تعالى. فجاز ان تجب به الحيلولة إلى المجلس الثاني».

وكذلك لو شهد مستوران (١) له أن يحول بينهما (٢). وإن كان بعد الدخول لا يحول. (لأنها) (٣) إما معتدة أو منكوحة فمسكنها بيت الزوج، ولأن مطلق الطلاق لا يحرم الوطء ولا الخلوة. (٤)

فان عجزت عن الاتيان بآخر هدرت شهادة الشاهد، ولو كان عدلا.

فرع:

ثم اذا شهد في باب النكاح شاهد واحد، فان كان الزوجان مقرين أشهدا (شاهدا)(٥) آخر، واجبر (الآبي) (٦) منهما. وإن كان احدهما منكرا لم يحلف المشهود له مع الشاهد عند "أبي حنيفة" (٧)، إذ لو نكل لا يقضى بنكوله. لأن القضاء بالنكول ها هنا متعذر، (اذ) (٨) لا يجوز أن يجعل النكول (اقرارا) (٩)، لأنه لو صار مقرا لصار انكاره كذبا، والكذب حرام، ولا يجوز ان جعل النكول بذلا(١٠). لأن البذل والاباحة لا تجري في الاشياء المخصوصة. لأن الابضاع والنفوس (محرمة) (١١) لعينها (حقا)(١٢) لله تعالى، وللعبد فلا تباح باباحة العبد. وعندهما يستحلف. (١٣)

---

(١) المستوران: هما اللذان لا يعرفهما القاضي بتعديل أو تجريح (انظر: شرح ادب القاضي للجصاص: ٣٧٦).

(٢) هذا حكم للصورة التي ذكرها المصنف سابقا، وهي شهادة الواحد على الطلاق قبل الدخول. وقد ذكرت أنني لم أجد هذه الصورة فيما اطلعت عليه من كتب الحنفية خاصة كتابي شرح أدب القاضي للجصاص، ولابن مازة.

(٣) (لانها) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٤) خالف المصنف الحنفية في هذه المسالة. لأنهم يرون ان الحيلولة واجبة وذلك لأن شهادة المستورين حجة للاستحقاق لأن القاضي لو قضى بهذه الشهادة كان قضاؤه جائزا، حيث ظهر سبب الاستحقاق، وبعدما ظهر سبب الاستحقاق لو تركها في يده ربما يطؤها، فيكون القاضي ممكنا له من ارتكاب الحرام.

(انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٣: ١٩٦- ١٩٧، شرح ادب القاضي للجصاص: ٣٧٧).

- وما ذكره المصنف رحمه الله من استدلال لرايه بان المراة إما منكوحة او معتدة فمسكنها بيت الزوج في الحالتين منقوض، لان القاضي يضعها على يدي عدل وهي في بيت زوجها بان يجعل معها - في بت الزوج - امرأة ثقة مأمونة تحفظها وتمنع زوجها منها حتى يسال عن الشهود.

(انظر: المرجعين السابقين).

- واما استدلاله بان مطلق الطلاق لا يحرم الوطء ولا الخلوة فذلك في الطلاق الرجعي، ومسالتنا في الطلاق البائن، وفيه يحرم من الوطء والخلوة.

(انظر: اللباب في شرح الكتاب ٣: ٥٧).

....

---

(٥) (شاهدا) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: شاهدان.
(٦) (الآبي): في أ، د، هـ، وفي ب: الانثى وفي ج: الاولى، تصحيفان.
- الابي: المتنع، (لسان العرب ١٤: ٣).
(٧) خالف المصنف - رحمه الله - الحنفية في بحث مسالة الاستحلاف في دعوى النكاح لأن الحنفية يبحثون هذه المسالة في حال كون الزوجين منكرين لا مقرين، وبغض النظر إن كان هنالك شاهدٌ واحدٌ، أو لم يكن هنالك شاهدٌ على الاطلاق.
(انظر: الهداية والعناية وتكملة شرح فتح القدير ٨: ١٨٠/ ١٨١ الاختيار ٢: ١١٢، مختصر الطحاوي: ٣٦٩، الفتاوى الخانية: ٤: ١٥، ١٦، ١٨ بدائع الصنائع ٦: ٢٢٦، شرح ادب القاضي لابن مازة ٢: ٢١٤، ٢٢١).
- واخطأ المصنف - رحمه الله - في نقل رأي الامام ابي حنفية رحمه الله، وذلك ان رأي الامام ابي حنفية هو عدم استحلاف المنكر في دعوى النكاح وفي الدعاوى السبع لا المشهود له (انظر: حاشية قرة عيون الاخيار ٧: ١٩، تحفة الفقهاء ٣: ٢٩٣، الهداية ٨: ١٨١، الفتاوى الهندية ٤: ١٥)
- ووجه قول الامام بعدم الاستحلاف في دعوى النكاح هو، ان المقصود بالاستحلاف القضاء بالنكول، فكل موضع لا يقضي فيه بالنكول لا يستحلف، فصار القضاء بالنكول متعذر للتعليل اللاحق في كلام المصنف رحمه الله.
(انظر: الاختيار ٢: ١١٣، الهداية والعناية ٨: ١٨٥، بدائع الصنائع ٦: ٢٢٦).
(٨) (إذ) في ب، د، هـ، وساقطة من أ، ج.
(٩) (اقرارا) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: اقرار، خطأ نحوي.
(١٠) البذل: هو ترك المنازعة والاعراض عنها إلى الهبة والتمليك (تكلمة فتح القدير ٨: ١٨٤).
أو قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم. (العناية ٨: ١٨٣).
- هذا والأصل في النكول عند الامام ابي حنيفة أنه بذل، لأن النكول يحتمل ان يكون اقرارا أو بذلا، فحمله على معنى البذل أولى صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب كما مر سابقا. ولكن يتعذر حمله على معنى البذل في هذا الموضع على وجه الخصوص لتعليل المصنف اللاحق.
(انظر: بدائع الصنائع ٦: ٢٢٧، الاختيار ٢: ١١٣، الفتاوى البزازية ٥: ١٩٢، الهداية ٨: ١٨٤).
(١١) ومثال الأشياء المخصوصة: لو قالت المراة المدعى عليها للرجل المدعي لا نكاح بيني وبينك، لكني بذلت - بمعنى ابحت- لك نفسي، لم يصح بذلها. (الهداية وتكملة شرح فتح القدير والعناية ٨: ١٨٤، ١٨٥).
(١٢) (محرمة) في أ، وفي: ب، ج، د، هـ: المحترمة، تصحيفان، وخطأ في الطباعة.
(١٣) (حقا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: حق. خطأ نحوي.
(١٤) عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله.
(انظر: الهداية وتكملة فتح القدير ٨: ١٨١، ١٨٢، الاختيار ٢: ١١٢، مختصر الطحاوي: ٣٦٦، بدائع الصنائع ٦: ٢٢٦، الفتاوى البزازية ٥: ١٩٢، الفتاوى الهندية ٤: ١٥، الفتاوى الخانية ٢: ٤١٠.
- ووجه قولهما يستحلف أنه لو نكل يقضى عليه بالنكول، وذلك لأن النكول عندهما اقرار، والاقرار يجري في الدعاوى السبع وهي: النكاح، والرجعة، والعتق في الايلاء، والرق، والاستيلاد والنسب، والولاء، إلا أنه اقرار فيه شبهة فلا يجري - في الحدود واللعان كما هو في قول ابي حنيفة.
والنكول اقرار عندهما، لأن الناكل ممتنع عن اليمين الكاذبة ظاهرا فيصير مقرا بالمدعي دلالة. إذ لو كان صادقا لحلف اليمين الصادقة.
(انظر: المراجع السابقة).

مسألة :-

وإذا كان الحكم ابطال شهادة الفرد (١)، (وقلنا) (٢) (بقولهما) (٣) يستحلف (فان)(٤) نكل يقضى بنكوله(٥).

وكذلك الحكم فيما أقام شاهدا على قتل وعجز عن الآخر ان (تهدر) (٦) شهادة الشاهد (وتتوجه)(٧) عليه اليمين (٨) فان حلف برئ، وإن نكل عن الحلف حبس حتى يقر (أو يحلف) (٩).

(في) (١٠) الطرف يقضى بالنكول في القصاص (عند "ابي حنيفة") (١١). وعندهما يقضى بالنكول في النفس بالدية(١٢). (انظر: "المحيط"، "وشرح التجريد" في باب النكول عن اليمين.

تنبيه:

فان اقر بالحق المشهود (به عليه) (١٣) بسبب طول السجن (اخذ) (١٤) باقراره ولم يكن السجن في حقه اكراها، لأنه (سجن) (١٥) بحق بخلاف الاكراه ظلما والله أعلم.

---

(١) ذكرنا سابقا أن الاستحلاف في دعوى النكاح غير مرتبط بشهادة الفرد او عدمها.

(٢) (وقلنا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: وقلت، تصحيف.

(٣) (بقولهما) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: بقولنا، تصحيف.

- اي بقول الصحابين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله.

(٤) (فان) في د، هـ، وفي ب، ج، ان ، وساقطة من أ.

(٥) انظر: الهداية وتكملة فتح القدير ٨:١٨١، ١٨٢، الاختيار ٢:١١٢، مختصر الطحاوي:٣٦٦، بدائع الصنائع ٦:٢٢٦.

(٦) (تهدر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ترد.

(٧) (تتوجه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: توجه.

(٨) مسألة الاستحلاف في دعوى القصاص وردت في كتب الحنفية مجردة عما إذا كان هنالك شاهد واحد أو لم يكن. فصورة المسألة الموجودة في كتب الحنفية - التي اطلعت عليها - : ان يدعي الولى القصاص على غيره ولم تكن للولى بينة على دعواه، فيجحد المدعى عليه ذلك فيستحلف.

....

انظر: (الهداية وتكملة فتح القدير ٨: ١٩٠، الاختيار ٢: ١١٣).

(٩) (أو يحلف) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ، ويحلف، خطأ في الطباعة.

- وهذا الحكم عند الامام ابي حنيفة رحمه الله في دعوى القصاص في النفس.

(انظر: بدائع الصنائع٦: ٢٣٠، تحفة الفقهاء ٣: ٢١٣، الفتاوى الهندية ٤: ١٦، الهداية والعناية وتكلمة فتح القدير ٨: ١٩٠ ، ١٩١، الاختيار ٢: ١١٣).

(١٠) (في) : في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: على.

(١١) (عند ابي حنيفة): في: أ، وفي: ب، ج، د، هـ: عنده.

- انظر: الهداية والعناية وتكملة فتح القدير ٨: ١٩١، الاختيار ٢: ١١٣، بدائع الصنائع ٦: ٢٣٠، البحر الرائق ٧: ٢٠٧.

- ودليل الامام ابي حنفية أن النكول بذل، والاطراف يسلك فيها مسلك الاموال فيجري فيها البذل بخلاف الأنفس. وبيان ذلك انه لو قال شخص لآخر اقطع يدي فقطعها لا يجب على القاطع ضمان. وهذا إعمال للبذل إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة، كما لا يباح اتلاف المال عند عدم الفائدة. ولكن البذل في هذا الموضع مفيد لا ندفاع الخصومة. (انظر: المراجع السابقة).

(١٢) انظر: بدائع الصنائع ٦: ٢٢٧، تبيين الحقائق ٤: ٢٩٧، البحر الرائق ٧: ٢٠٧، مجمع الانهر ٢: ٢٥٦.

- هذا ويرى الصاحبان انه يقضى بالدية في الطرف أى ما دون النفس ايضا لأن النكول اقرار عندهما، ولكنه اقرار فيه شبهه البذل فلا يثبت فيه القصاص سواء كان في النفس أو فيما دونها بخلاف المال فيجب الدية أو الأرش.

(انظر: المراجع السابقة).

(١٣) (به عليه) في: د، هـ، وفي أ، ب: عليه، وفي ج: به.

(١٤) (اخذ) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: اقر.

(١٥) (سجن) في: أ، ج، د، هـ وفي ج: يستحق.

الباب الثالث

في القضاء بشاهدين، (او بشاهد وامرأتين) (١)

اما القضاء فيما يقضى فيه بشاهدين، فقد تقدم بيانه(٢).

وأما شهادة رجل وامرأتين (فمقبولة) (٣) في جميع الاحكام إلا في الحدود والقصاص (٤).

وعند "الشافعي" : لا تقبل إلا في الأموال وتوابعها (٥).

والصحيح قولنا: (٦)، لأن المرأة (ساوت) (٧) الرجل فيما يبتنى عليه اهلية (٨) الشهادة وهو القدرة على (المشاهدة) (٩)، والضبط، والحفظ، والاداء لوجود الة القدرة وهو العقل المميز(للاشياء)(١٠)، واللسان الناطق فتفيد شهادة النساء حصول غلبة الظن، وطمأنينة القلب بصدق (١١) الشهود (١٢).

---

(١) (او بشاهد وامرأتين): في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٢) اي في الباب الثاني في القضاء بشاهدين لا يجزئ غيرهما.

(٣) (فمقبولة) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: مقبولة.

(٤) انظر: المبسوط: ١٦: ١١٥، تبيين الحقائق ٤: ٢٠٩، الهداية وشرح فتح القدير ٧: ٣٧٠، رد المحتار ٧: ٧٥، الاختيار ٢: ١٤٠، تحفة الفقهاء ٣: ٦٢٤، مجمع الانهر ٢: ١٨٧.

(٥) انظر: المهذب ٢: ٣٣٣، مغني المحتاج ٤: ٤٤١، شرح الجلال المحلى على المنهاج ٤: ٣٢٥.

- وتوابع المال عند الشافعية، ما يقصد به المال وهي على النحو التالي:-

أ) العقود المالية في انشائها وفسخها: كالبيع، والحوالة، والاقالة، والرهن، والهبة، والشفعة.

ب) الحقوق المالية: كالخيارات، أو الشروط، والآجال.

ج) الجنايات التي توجب مالا، ولا توجب قصاصا.

(انظر: المراجع السابقة).

(٦) اي قول الحنفية في قبول شهادة النساء في كل الحقوق سوى الحدود والقصاص.

(٧) (ساوت) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: تشارك، تصحيف.

(٨) اي اهلية قبول الشهادة، اذ ان اهلية الشهادة هي الإسلام والبلوغ، والعقل (انظر: العناية ٧: ٣٧١).

(٩) (المشاهدة) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: الشهادة، تصحيف.

(١٠) (للاشياء): في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: والاشياء.

(١١) (بصدق) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: وصدق.

(١٢) انظر: الهداية وشرح فتح القدير والعناية ٧: ٣٧١، الاختيار ٢: ١٤٠، مجمع الانهر ٢: ١٨٨، وفيها: انه بالقدرة على المشاهدة يحصل العلم للشاهد، وبالضبط والحفظ، يبقى هذا العلم، وبالاداء يحصل العلم للقاضي، وان نقصان الضبط عند النساء بسبب زيادة النسيان يجبر بزيادة العدد وإليه الاشارة في قوله تعالى: «ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى» سورة البقرة/ آية ٢٨٢.

بخلاف شهادة النساء وحدهن (لا تقبل) (١). لأن غلبة الظن تحصل بخبرهن (لكن) (٢) الشرع، لم يعتبرها حجة لانهن منهيات عن الخروج، وذلك سبب الفتنة. (وسبب) (٣) الفساد يجب نفيه فروعيت الذكورة في احد الشرطين (حسما) (٤)، (لمادة)(٥) الفساد (بالقدر) (٦)، (الممكن) (٧).

مسألة:

ولا تقبل شهادة النساء في الحدود والقصاص.

لما روى "الزهرى" (٨) انه قال: «مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم، والخليفتين من بعده "ابي بكر" و"عمر" رضي الله عنهما ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص». (٩)

، ولأنه تمكنت في شهادتهن (١٠) من حيث غلبة السهو والنسيان (شبهات) (١١) والحدود لا تثبت مع الشبهات (١٢).

---

(١) (لا تقبل) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ولا تقبل.

(٢) (لكن) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: ولكن.

(٣) (وسبب) في: أ، د، هـ، وساقطة من ب، ج.

(٤) (حسما) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: حتما.

(٥) (لمادة) في: أ، ب، ج، وفي: د، هـ: للمادة، خطأ مطبعي.

(٦) (بالقدر) في: ب، د، هـ، وفي أ، ج: القدرة.

(٧) (الممكن) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

- انظر: المراجع السابقة.

(٨) الزهرى هو محمد بن مسلم بن عبد الله بن شهاب الزهرى، تابعى مات سنة ١٢٤هـ.

(انظر: طبقات الفقهاء للشيرازي:٤٧، الاعلام للزركلي: ٧:٩٧).

(٩) اخرجه ابو يوسف في كتاب الخراج (١٧٨/ فصل في أهل الدعارة والتلصص والجنابات)، واخرجه ايضا ابن ابي شيبة في المصنف (١٠/٥٨ رقم ٨٧٦٣) واسناده ضعيف، وروى ايضا عن مالك بزيادات ولا يصح (التلخيص ٤: ٢١٧).

- قوله: والقصاص: لم أرها في طرق الحديث،ولم يذكرها أيضاً الزيلعي في نصب الراية (٤/٧٩) وقد ورد معناها في بعض الاثار.

(١٠) (ولانه تمكنت في شهادتهن) في: أ، وفي: ب، ولانه تمكنت في شهادتين، وفي ج: ولا تمكنت الشبهة في=

مسألة :

لو شهد رجل وامرأتان أن زيدا نكح زينب، أو طلقها، أو أعتق (عبده) (١) او (كاتبه) (٢) او (رضعها) (٣)، تقبل (٤).

وقال "الشافعي" : لا مدخل لشهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال. لأن عنده النكاح لا يثبت بشهادة رجل وامرأتين لأن في شهادتهن زيادة احتمال لنقصان عقلهن.

وقد تقدم الاحتجاج فلا فائدة في الاعادة.

مسألة :

عند "زفر" الاحصان لا يثبت بشهادة رجل وامرأتين، لأنه شرط (بمعنى) (٥) العلة (فيلحق) (٦) بها. لان معنى العلة من العلة (٧) يجري مجرى الشبهة مع الحقيقة والشبهة في الباب (٨) ملحقة بالحقيقة. (٩)

شهادتين، وفي د، هـ، ولا تمكنت الشبهة في شهادتهن.

(١١) (شبهات) في: أ، وساقطة من ب، ج، د، هـ.

(١٢) الشبهات في: أ، ب، ج، وفي د، هـ.

- خالف المصنف الحنفية في ماهية الشبهة في شهادة النساء في الحدود والقصاص: حيث ان الحنفية يرون أن الشبهة هي شبهة البدلية وهي قيام النساء مقام الرجال، وليست غلبة السهو والنسيان لان هذه الشبهة انجبرت بزيادة العدد.

(انظر: الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٧: ٣٦٩ - ٣٧٢، المبسوط ١٦: ١١٤، تبيين الحقائق ٤: ٢٠٨، الاختيار ٢: ١٤٠، تحفة الفقهاء ٣: ٦٢٤، مجمع الانهر ٢: ١٨٦).

(١) (عبده) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٢) (كاتبه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: كاتب.

(٣) (رضعها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: امها.

(٤) انظر: المراجع السابقة.

- وفيها: ان شهادة رجل وامرأتين مقبولة في جميع الاحكام، لذلك تدخل هذه المسألة دخولا اوليا.

(٥) (بمعنى) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: في معنى.

(٦) (فيلحق) في: أ، ب، وفي ج، د، هـ: فيلتحق.

(٧) (العلة من العلة) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٨) اي باب الزنا.

(٩) انظر: الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٥: ٢٩٩، ٣٠٠، تحفة الفقهاء ٣: ٢١٧، الخانية ٣: ٤٧٣، حاشية رد المحتار ٤: ٣٦

- وفيها: أن حجة زفر رحمه الله هي: ان الإحصان في الزاني وصف للعلة، لان علة وجوب الرجم ليس مطلق الزنا، بل الزنا الموصوف بالتغليظ، ولا يتغلظ الزنا إلا بالاحصان فهو من جملة العلة - اي بمعنى العلة - لذلك لا يثبت بشهادة النساء، الا ترى أنه يصح رجوعه عن اقراره بالاحصان، كما يصح رجوعه عن اقراره بالزنا، فالشهادة القائمة على الاحصان من دون دعوى كالشهادة القائمة على الزنا.

وعندنا (١) يثبت لما بينا ان شهادة رجل وامرأتين مثل شهادة رجلين فيما ليس بعقوبة ولا (علة) (٢) عقوبة نقلا (وعقلا) (٣). والاحصان ليس بعقوبة لانه عبارة عن خصال حميدة كالحرية. اذ الخصال الحميدة لا (تصلح) (٤) علة للعقوبة (٥).

(وقوله) : (٦) شرط (بمعنى) (٧) العلة (ممنوع) (٨)، بيانه: وهو أن الشرط الذي هو بمعنى العلة ما يفضى إلى حكم العلة بواسطة الافضاء إلى علته. والاحصان ليس (بهذه)(٩) المثابة، لأنه لا يفضي إلى الحد بواسطة الافضاء إلى علته وهو الزنا، لأن الاحصان نعمة، (والنعم) (١٠) اثرها (في المنع عن الكفران) (١١)، والزنا كفران فيكون (الاحصان) (١٢) مانعا وما يكون مانعا لا يكون مفضيا (١٣). والله تعالى أعلم.

---

(١) اي عند الامام ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله جميعا.
(انظر: المراجع السابقة).
(٢) (علة) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: على.
(٣) (وعقلا) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: عقلا.
(٤) (تصلح) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: عقل.
(٥) وبيان ان الخصال الحميدة لا تصلح عقوبة أو علة للعقوبة لان بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل، وبعضها فرض عليه، وبعضها مندوب اليه كالنكاح والدخول فيه وما كان بهذه الصورة لا يصلح عقوبة أو علة للعقوبة.
انظر: (الهداية وشرح فتح القدير ٥:٢٩٩ - ٣٠٠).
(٦) (وقوله) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: وقد، تصحيف.
- اي قول زفر رحمه الله.
(٧) (بمعنى) في: أ، ج، د، هـ: وفي ب: لمعنى.
(٨) (ممنوع) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ممنوعة.
(٩) بهذه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: في هذه.
(١٠) (والنعم): من أ، ب، ج، هـ، وفي د: النعمة، خطأ مطبعي.
(١١) (في المنع عن الكفران): من أ، وفي ب، ج: في المنعم عن الكفران وفي د، هـ: من المنغم في منع الكفران.
(١٢) (الاحصان) في: أ، ج، د، هـ، وساقطة من ب.
(١٣) وتوضيح بيان نقض رأي زفر رحمه الله هو أن الاحصان خصال حميدة ولا يتصور كون هذه الخصال ا لحميدة سببا للعقوبة، ولا سببا لسببها وهو الزنا الذي هو معصية. بل ان الاحصان مانع من الزنا وهو سبب للطاعة والشكر فيستحيل ان يكون معنى في علة الحكم، وهو مانع لسببه، فالسبب ليس إلا الزنا إلا أنه مختلف الحكم ففي حالة الاحصان حكمه الرجم وفي غيره الجلد، فكان الاحصان السابق للزنا معرفا لخصوص العقوبة والعلامة المحضة لا يكون لها تأثير في الحكم فلا تكون علة ولا في معناها ولما لم يكن الاحصان علة للعقوبة جاز أن يدخل في اثباته شهادة النساء، كما لو شهدت النساء مع الرجال بالنكاح في غير هذه الحالة والدخول في غرض آخر كتكميل المهر.
(انظر: الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٥:٢٩٨ - ٣٠٠).

الباب الرابع

في القضاء بالبينة التامة مع يمين القضاء

ويسمى يمين الاستبراء (١) وصورته: أن يحلف شاهدان لرجل بشئ معين في يد آخر فانه لا (يستحقه) (٢) حتى يحلف ما باع ولا وهب ولا (خرجت) (٣) عن يده بطريقة من الطرق المزيلة (للملك) (٤)، وهو الذي عليه الفتيا والقضاء، وعلله الاصحاب (٥) بأنه يجوز أن يكون باعها من المدعى عليه أو غير ذلك من الاحتمالات، ومع (الاحتمال) (٦) لابد من اليمين (٧).

قال في "معراج الدراية على شرح الهداية" (٨) ما نصه: (واجمعوا (٩) ان المدعي بعد اقامة البينة يحلف أنه ما استوفاه ولا ابرأه وان لم يدع الخصم.

قال(١٠): ولا يعلم فيه خلاف (١١) ذكره في فصل النكول فانظره.

وقال: (١٢) في "التجريد" وان ادعى رب الدين أن له مالا باطنا، حلفه القاضي بعد شهادة الشهود على الافلاس، لأنه ادعى شيئا خارجا عن علم الشهود، فتأمل ذلك (وقابل بين) (١٣) العبارتين.

---

(١) هذه التسمية وهي يمين الاستبراء هي تسمية مالكية.
(انظر: تبصرة الحكام ١ :٢١٩)، اما الحنفية فانهم يسمونها يمين الاستظهار
(انظر: مجلة الاحكام العدلية المادة: ١٧٤٦).
(٢) (يستحقه) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د، : يستحق. خطأ مطبعي.
(٣) (خرجت) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يستحق، تصحيف.
(٤) (للملك) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لذلك، تصحيف.
(٥) الاصحاب: هم اصحاب الامام مالك رحمه الله لأن هذا النص منقول بحرفيته من كتاب تبصرة الحكام لابن فرحون ١/٢١٩.
(٦) (الاحتمال) في أ، وفي: ب، ج، د، هـ: الاحتمالات.
(٧) انظر: الدر المختار ٥ :٥٨٧، الفتاوى البزازية ٥ :١٩٩، جامع الفصولين ١ :١٤٨، شرح ادب القاضي لابن مازة ٢ :٢١٤ - ٢١٥، مجلة الاحكام العدلية المادة: ١٧٤٦، وراجع: وسائل الاثبات في الفقه الإسلامي: ٣٦٠.
(٨) والصحيح أنه معراج الدراية إلى شرح الهداية للامام قوام الدين محمد بن محمد البخارى الكاكي ت ٧٤٩هـ=

....

=

(كشف الظنون ٢: ٢٠٣٣).

(٩) (واجمعوا) في : أ، ج، وفي ب: واجمعوا على، وفي د، هـ، أجمعوا ان .

(١٠) اي في معراج الدراية.

(١١) الحلف بعد اقامة البيّنة يكون في دعوى الدين على الميت وصورة اليمين ان تحلف بالله ما أستوفيت دينك من المديون الميت، ولا من أحد اداه اليك، ولا قبض لك قابض بامرك، ولا ابراه منه، ولا شيئا منه، ولا احلت بذلك ولا شيء منه على احد، ولا عندك به شيء ولا بشيء منه رهن.

(انظر: رد المحتار ٥:٥٧٨، الهندية ٤:١١٤، البزازية ٥:١٩٩).

(١٢) (وقال) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فقال.

(١٣) (وقابل بين) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: قابل من.

قال بعضهم (١): ويمين القضاء متوجهة على من يقوم على الميت، أو على الغائب، أو على اليتيم، أو على من يستحق شيئا من الحيوان، ولا يتم (الحكم) (٢) إلا بها.

مسألة :

ويمين المستحق على (البت) (٣) أنه ما باع، ولا وهب، ويمين الورثة على العلم، (انه ما خرج عن ملك مورثهم بوجه من الوجوه كلها، وان ملك مورثهم، يعني الورثة باق عليه الى حين) (٤) يمينهم .وهذه التتمة في اليمين تكون على (البت) (٥).

مسألة :

إذا ادعى رجل بدين على ميت، واقام البينة التامة عليه، فان كان ورثته (كبارا) (٦) ولم يدّعوا دفع الدين من وارثهم (٧)، ولا من أنفسهم لا يلزم رب الدين يمين، وهو يؤيد عبارة "التجريد" بخلاف ما لو كانوا صغارا فلا بد من اليمين. (٨)

---

(١) هذا القول هو لابن راشد من المالكية (انظر: تبصرة الحكام ١ :٢١٩).

(٢) (الحكم) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: حكم.

(٣) (البت) في: ج، د، هـ، ومن تبصرة الحكام، وفي أ، ب: الميت.

-والبت القطع (انظر: القاموس المحيط ١ :١٤٢).

(٤) (انه ... الى حين) العبارة: في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٥) (البت) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: البينة.

- والاصل في هذه المسألة ان الانسان يحلف بتاتا على فعل نفسه ويحلف على العلم عن فعل غيره على كل وجه.

(٦) (كبارا) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: كبار.

(٧) (دفع الدين من وارثهم) في: أ، ج، وفي ب: رفع الدين عن دارهم، وفي د، هـ: رفع الدين من ارثهم.
والصحيح ما في تبصرة الحكام (١ :٢١٩) دفع الدين من مورثهم.

(٨) خالف المصنف الحنفية في هذه المسألة، حيث أن الحنفية يوجبون على مدعي الدين اليمين مع بينته على اثبات دينه كبارا كان الورثة ام صغارا وسواء اطلب الورثة اليمين أم لم يطلبوها.

فقد قال في الهندية ٤ :١٤: «ولا يحلف مع وجود البرهان الا في مسائل، يحلف مدعي الدين على الميت، ولا خصوصية لدعوى الدين، بل في كل موضع يدعى حقا في التركة واثبته البينة فانه يحلف من غير طلب الخصم».

وقال ابن عابدين في الحاشية ٥ :٥٨٧، «واجمعوا على أن من ادعى دينا على الميت يحلف بلا طلب وصي ولا وارث».

وانظر: البزازية ٥ :١٩٩.

- هذا وقد نسب ابن فرحون في التبصرة هذه المسألة بحرفيتها إلى كتاب ابن شعبان من المالكية (تبصرة الحكام ١ :٢١٩).

مسألة :

قال بعض المتأخرين(١): واذا شهد لرجل شاهدان على دين لأبيه حلف أنه ما يعلم أن أباه اقتضى من ذلك شيئا، وإن كان شيئا معينا فاستحقه بشاهدين حلف أنه ما يعلم أن أباه (باع) (٢) ولا وهب، ولا خرج من يده بوجه من (وجوه) (٣) الملك (٤).

تنبيه :

واليمين في ذلك على من يظن به علم ذلك، ولا يمين على من لا يظن به علم ذلك، ولا على صغير، ومن نكل ممن تلزمه اليمين منهم (تسقط) (٥) من الدين حصته فقط (٦).

---

(١) هذا القول لابن سهل من المالكية. (انظر: تبصرة الحكام ١: ٢١٩).

(٢) (باع) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: ما باع.

(٣) (وجوه) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: الوجوه.

(٤) وهذه المسألة مخالفة لما هو مقرر في مذهب الحنفية، حيث ان الحنفية يوجبون اليمين مع الشاهدين في مسائل خاصة هي: الدعوى على الميت أو الغائب، أو دعوى الاستحقاق، أو دعوى الآبق، وهذه المسألة ليست منها.

(٥) (تسقط) في: أ، ج، وفي ب، د، هـ: سقط.

(٦) خالف المصنف الحنفية في هذه المسألة، حيث ان الحنفية يوجبون اليمين على كل واحد من الورثة، إذا توجهت اليمين عليهم، صغاراً كان الورثة أم كبارا، يظن بهم علم ذلك، أم لا يظن.

فقد قال في الهندية ٤: ٣١ «إذا توجهت اليمين على الورثة فيمين الواحد لا ينوب عن الباقين حتى يستحلف الكل، وإذا توجهت لهم اليمين على غيرهم فاستحلاف الواحد منهم كاستحلاف الكل. وصورته: رجل ادعى على الميت، وتوجهت اليمين على الورثة، يستحلف جميع الورثة، ولا يكتفى بيمين واحدة، فان كان في الورثة صغير أو غائب، وقد ادعى على الميت حقا. يحلف الباقون الحضور، ويؤخر الصغير حتى يدرك، والغائب حتى يقدم، ثم يحلفان.

وقال في الخانية ٢: ٤٢٦ : «رجل ادعى على ميت دينا فاحضر وارثا واحداً فأنكر فاستحلف على العلم فحلف، ثم اراد المدعي أن يستحلف وارثا آخر كان له ذلك، لأن الناس يتفاوتون في اليمين، ولان الوارث يستحلف على العلم وربما لا يعلم. (وانظر: جامع الفصولين ١: ١٤١، جامع احكام الصغار ٣: ٢٦٥).

تنبيه :

(من) (١) اقام بينة على حاضر (بدين) (٢)، فلا يحلف مع بينته على اثباب الحق، ولا على أنه ما قبض منه، حتى يدعي المطلوب انه دفعه اليه أو دفعه عنه دافع من وكيل أو غيره فحينئذ يحلف. (قاله) (٣) بعضهم (٤).

فصل

ومما يحكم فيه باليمين مع الشاهدين، إذا قامت بينة للغريم المجهول الحال بانه (معدم) (٥)، فلا بد من يمينه انه ليس له مال ظاهر ولا باطن، وان وجد مالا ليؤدي (٦) حقه عاجلا. لان البينة إنما شهدت على الظاهر، (ولعله) (٧) غيب مالا (٨).

---

(١) (من) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: ومن.

(٢) بدين) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: له.

(٣) (قاله) في أ، ب، ج، وفي د، هـ: قال.

- وقد عزا صاحب التبصرة هذا التنبيه إلى المدونة، فذكر التنبيه وقال: قاله في المدونة.

(انظر تبصرة الحكام ١ :٢١٩)

(٤) وهذا ا لتنبيه مخالف لمذهب الحنفية، لما قد مر ذكره، من أن الحنفية يوجبون اليمين مع البينة في مسائل محدودة، وليس هذا منها، بل إن من المعلوم ان دفع الدعوى دعوى جديدة يحتاج مدعيها إلى الاثبات فعلى ذلك يكون مدعى دفع الدين محتاجا إلى اثبات دعواه.

(انظر: حاشية ابن عابدين ٥ :٥٤١، مجلة الاحكام العدلية المادة ١٦٣١).

(٥) (معدم) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: تقدم، تصحيف.

(٦) (ليؤدي) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: يؤدى، خطأ مطبعي.

(٧) (ولعله) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لانه.

(٨) خالف المصنف الحنفية في هذه المسألة، لما قد مر ذكره إن الحنفية يحصرون اليمين مع الشاهدين في حالات معينة، وليست هذه المسألة منها بل إن هذه المسألة منقولة بحرفيتها من كتاب تبصرة الحكام لابن فرحون (١ :٢١٩).

ومن ذلك: المرأة تدعي على وكيل زوجها الغائب النفقة، وتقيم البينة باثبات الزوجية والغيبة واتصالها، وانهم ما علموه ترك لها نفقة. فلا بد من يمينها، انها لم تسقط حقها، ولا أرسل اليها نفقة، ولا احالها على احد فاحتالت، وعلى جميع المسقط والمبطل(١).

وضابط هذا الباب أن كل بينة شهدت بظاهر فانه (يستظهر) (٢) بيمين الطالب على باطن الأمر (٣).

فصل

يمين القضاء لا نص على وجوبها لعدم الدعوى على (الحالف بما) (٤) يوجبها إلا أن أهل العلم رأوا ذلك على سبيل الاستحسان (٥) نظرا للميت، والغائب، وحياطة عليه، وحفظا لماله للشك في بقاء الدين (عليه) (٦).

---

(١) انظر: الهندية ٤: ١٤٠، البزازية ٥: ١٩٩، شرح أدب القاضي لابن مازة ٤: ٢١٤

- والمقصود بقوله: (على جميع المسقط والمباطل) أي أن يكون يمينها شاملاً نفي كل امر يسقط، أو يبطل نفقتها الواجبة على زوجها.

(٢) (يستظهر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يتظهر.

(٣) وقد عزا صاحب التبصرة هذا الضابط لكتاب التوضيح في باب التفليس. (انظر، التبصرة ١: ٢١٩).

(٤) (الحالف بما) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ما.

(٥) فقد روي عن الامام علي أنه كان يرى تحليف المدعي مع شهادة الشاهدين، وكذلك روى عن شريح أنه كان يحلف المدعى مع الشاهدين. (انظر: المبسوط ١٦: ١١٨).

(٦) (عليه) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.

- ذكرنا سابقا أن الحنفية لا يرون تحليف المدعى مع الشاهدين بل إنهم لا يرون مشروعية اليمين في جانب المدعى اصلا.

(انظر: المبسوط ١٦: ١١٨، تبيين الحقائق ٤: ٢٩٤، الهداية وشرح فتح القدير ٨: ١٧٢)، ولكننا وجدنا الحنفية يوجبون اليمين مع الشاهدين على المدعي في بعض المسائل مما يدل على ان مستندهم في هذا هو الاستحسان، حيث انهم عدلوا بالمسالة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر. وذلك نظرا للميت والغائب وحياطة عليهما، وهذا هو الاستحسان، وإن لم يصرحوا بذلك.

- راجع الإستحسان في: أصول السرخسي ٢/ ١٩٩ وما بعدها، التوضيح مع شرحه التلويح ٢/ ٨٢، إرشاد الفحول: ٢٤٠).

تنبيه:

فإذا حلف مرة وتأخر القضاء لم يصح أن يحلف ثانية بالتوهم المحتمل، ولا يشبه ذلك إذا (كان) (١) صاحبه حاضرا وادعى عليه أنه قد قضاه بعد ذلك (أو وهبه) (٢) اياه، لأن اليمين عليه واجبة في هذا الموضع(٣). لقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعى، واليمين على من (انكر) (٤)» (٥). والله اعلم بالصواب.

---

(١) (كان) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٢) (أو وهبه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ووهبه.

(٣) وتوضيح صورة ما إذا كان صاحبه حاضرا هي: ان المدعى عليه، وهو المذكور بالصاحب الحاضر، قد دفع دعوى المدعي، والدفع دعوى جديدة - كما مر سابقا - وهو عاجز عن اثباتها، فتتوجه اليمين إلى المدعي مرة أخرى.

(٤) (انكر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: تكسر.

(٥) اخرجه الترمذي (٣/ ٦٢٦ رقم ١٣٤١/ الاحكام/ البينة على المدعي) والبيهقي في سننه (١٠/ ١٢٣) والدارقطني (٣/ ١١١)و (٤/ ١٥٧/ ٢١٨) عن عبد الله بن عمرو واسناده ضعيف، ورواه عبد الرزاق عن عمرو مرسلا، قاله الدراقطني. وهو في المصنف بنحوه موصولا (٨/ ٢٧١ رقم ١٥١٨٤).

واخرجه الدارقطني عن ابي هريرة (٣/ ١١٠) واسناده ضعيف ايضا ووقع عند البيهقي والدراقطني زيادة: الا القسامة) واخرجه ايضا ابن حبان عن ابن عمر (التلخيص ٤/ ٢٠٨).

واخرجه البيهقي (١٠/ ٢٥٢) عن ابن عباس وفي اسناده الحسن بن سهل الجعفي أو الجعفري لم يوثقه غير ابن حبان وبقية رجاله ثقات، وقد حسنه الحافظ في الفتح (٥/ ٢٨٣)، وقد اتفق الشيخان على اخراج حديث ابن عباس بلفظ: «اليمين على المدعى عليه».

اخرجه البخارى (٨/ ٢١٣ رقم ٤٥٥٢) وبرقم (٢٥١٤و ٢٦٦٨) ومسلم (٣/ ٣٣٦ رقم ١٧١١/ الاقضية/ اليمين على المدعى عليه).

وجزؤه الآخر معناه صحيح ايضا، فقد اخرجه البخاري عن الاشعث بن قيس (٨/ ٢١٢ - ٢١٣ رقم ٤٥٤٩ و٤٥٥٠/ التفسير/ إن الذي يشترون بعهد الله وايمانهم....) وبرقم (٢٥١٥ و ٢٥١٦ و ٢٦٦٦ و ٢٦٦٧ و ٢٦٦٩و ٢٦٧٠) بلفظ «شاهداك أو يمينه» و «بينتك أو يمينه» واخرجه ايضا مسلم (١/ ١٢٢ - ١٢٣ رقم ١٣٨/ الايمان/ وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار).

الباب الخامس

في القضاء ببينة المدعي بعد فصل القضاء (بيمين) (١) المدعـى عليـه

مسألة :

إذا قـال المدعي لا بينة لي، بعـدما ادعى مـالا أو حـقا من الحـقـوق وأنكر المدعي عليه، (وسأله) (٢) القـاضي (ان يحلف) (٣) فحلف (المدعى) (٤) عليه ثم قـال: لي بيّنة حاضرة تقـبل عند «ابي حنيفة»(٥)، خلافا «لمحمد» (٦)، لأنه لا منافاة بين اشـهادهم في الإشهاد (٧) وبين ما قـال في الابتداء لجواز أنه لم يكن يعلم أن هؤلاء شـهوده (ثم علم) (٨) أو لم يكونوا شهوده ثم صاروا بأن اقر المدعى عليه عندهم. فلا يكون (متناقضا)(٩).

---

(١) (بيمين) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ويمين.

(٢) (وساله) في: أ، د، هـ، وفي ب: ويساله، وفي ج: سأل.

(٣) (ان يحلف) في أ، وساقطة من: ب، ج، د، هـ.

(٤) (المدعي) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: المدعا.

(٥) انظر: شرح ادب القاضي للجصاص:٢٠٩، شرح ادب القاضي لابن مازة ٢:٢٥٦، الهندية ٣:٤٦٣.

- وقد استدل الامام ابو حنيفة - رحمه الله - لرايه بالاضافة لما ذكره المصنف بما يلي:-

أ) عموم قوله صلى الله عليه وسلم: « البينة على المدعي، واليمين على من انكر»، وهو عام في جميع الاحوال، فلم يختص بحالة اقامة البينة قبل اليمين.

ب) انه بيمين المدعى عليه لا يتعين معنى الصدق، ولكن المدعي لا يخاصمه، لانه لا حجة له، فإذا وجد الحجة كان له ان يثبت حقه بها.

انظر: (رد المحتار ٥:٥٥٠، روضة القضاة١:٢٩١، المبسوط ١٦:١١٩، لسان الحكام:١٣، شرح ادب القاضي لابن مازة ٢:٢٥٨).

(٦) وقد استدل الامام محمد رحمه الله لرأيه بأن الشهادة حق للمدعي قبل الشاهد، كسائر الحقوق التي تكون له قبل المدعى عليه، فكما لو اعترف المدعي أنه لا حق له قبل المدعى عليه لم يكن له المطالبة بها بعد ذلك، فكذلك =

مسألة :

لو قال: كل شهادة (شهد لي بها)(١) فلان وفلان بهذا الحق، فلا حق لي فيها، ثم ادعى بعد ذلك بشهادتهما، (وكذا) (٢) لو قال: ليس لي عند فلان وفلان شهادة (فيما)(٣) أدعي قبل هذا. أو قال: كل شهادة يشهد بها فلان لي على فلان فهو زور. أو قال الشهود: كل شهادة (نشهد) (٤) بها (لفلان) (٥) على فلان فهو زور ثم طلب من القاضي تحليف خصمه فحلفه ثم قال: لي بينة. فجميع ما مر على هذا (الخلاف، فعند(٦) "ابي حنيفة" تسمع ويقضى له بها، إذ من حجتهما أن يقولا: لم (نذكر) (٧) حيث قلنا ليس لك عندنا (شهادة) (٨) ثم تذكرنا بعد ذلك، وعند "محمد": لا تقبل. (مقتضب) (٩) من "الحواشي" و"المحيط" (١٠).

الشهادة اعترف انه لا حق له بها، فلا يجوز له ان يطالب بها مرة اخرى، فلما طالب بها كان متناقضا، والمتناقض لا قول له.

(انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٢:٢٥٧، شرح ادب القاضي للجصاص:٢٠٩).

- هذا وقد خطأ الجصاص رأى الامام محمد حيث يقول: «وهذا غلط حيث أن الشهادة ليست كاقرار المدعي بأن لا حق له على المدعى عليه، حيث لا يجوز له الادعاء بهذا، الحق بعد ذلك، وذلك لأن اقراره بدءا يبطل دعواه ثانيا: - ان البراءة من الحقوق والاموال جائزة ومن الشهادة لا تجوز لأن فيها حقا لله تعالى». (انظر: شرح ادب القاضي للجصاص ٢٠٨، ٢٠٩).

(٧) الإشهاد: في جميع النسخ الخطية والمطبوعة، وفي شرح أدب القاضي لابن مازة ٢:٥٥٦: الانتهاء. وهو الصحيح.

(٨) (ثم علم) في أ، وفي: ب، ج، د، هـ.

(٩) (متناقضا) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: مناقضا، خطأ مطبعي.

(١) (شهد لي بها) في: ب، د، هـ، وفي أ: شهد لي، وفي ج: شهودي، تصحيف.

(٢) (وكذا) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: وكذلك.

(٣) (فيما) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: وبما.

(٤) (نشهد) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: شهد.

(٥) (لفلان) في أ، ب، ج، وفي د، هـ: فلان.

(٦) (الخلاف فعند): في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بخلاف عند.

(٧) (نذكر) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: نتذكر.

(٨) (شهادة) في: ب، د، هـ، وفي أ، ج: شهادة عندنا.

(٩) (مقتضب) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: منتخب.

(١٠) (انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٢:٢٥، وما بعدها، شرح ادب القاضي للجصاص: ٢٠٦-٢٠٩، الهندية ٣:٤٦٣ - ٤٦٤، لسان الحكام:١٣).

الباب السادس

في القضاء بقول الرجل بانفراده

مسألة :

قال بعضهم (١): ويكفي الشاهد الواحد فيما يبتدىء الحاكم فيه بالسؤال (٢) وفيما كان علما يؤديه.

مسألة (٣)

وماختصم فيه من العيوب التي تكون في العبد المبيع، فالحاكم (اذا) (٤) تولى الكشف عن ذلك، فطريقه ان يرسل بالعبد إلى من يرتضيه (او يثق بنظره) (٥) ومعرفته بذلك العيب وغوره مثل (الشغاف) (٦)، والطحال والبرص المشكوك. وامثال ذلك كثيرة، (فيأخذ)(٧) فيه (بالمخبر) (٨) الواحد وبقول الطبيب النبيل كذا (نقل) (٩) عن بعض المتأخرين. (١٠).

---

(١) هذا القول لابن رشد من المالكية في كتابه المقدمات (انظر: تبصرة الحكام ١:٢٢٩).

(٢) وهو اسم المدعي وسكنه وغير ذلك من احواله.

(٣) (مسألة) في: أ، ج، د، هـ، وساقطة من ب.

(٤) (اذا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ان.

(٥) (او يثق بنظره) في أ، وفي ب: أو يوثق ببصره، وفي ج، د، هـ: أو يثق ببصره.

(٦) (الشغاف) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: الشقاق.

- والشغاف: كسحاب وغراب يطلق على اسم داء، أو مرض يكون تحت غضاريف الاعضاء المشرفة على البطن من الجانب الايمن، ووجع شغاف القلب، وكذلك المشغوف المجنون.

انظر: القاموس المحيط ٣:١٥٧/١٥٨).

(٧) (فيأخذ) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: فيؤخذ.

(٨) (بالمخبر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بخبر.

(٩) (نقل) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فصل.

(١٠) وهذه المسألة منقولة عن ابن الماجشون فيما نقله عن ابن حبيب وكلاهما من المالكية، انظر: (تبصرة الحكام: ١:٢٢٩).

- هذا وقد وافق الحنفية المالكية في قبول قول الواحد (الطبيب) في ظهور العيب المختلف فيه بين البائع والمشتري، ولكن دون ذكر التفصيل الذي ذكره المصنف - رحمه الله - نقلا عن ابن الماجشون.

(انظر: حاشية رد المحتار ٥:٤٦٩، ٤٧٠، الأشباه والنظائر: ٢٢٣، حاشية الطحطاوي ٣:٢٣٠.

مسألة:

وتقبل شهادة الفرد في هلال رمضان إذا كان في السماء علة (١)، وفي الجرح والتعديل، والرسالة يريد به رسول القاضي (٢) للسؤال عن الشهود، وترجمة الكلام، إذا لم يعرف القاضي لسانه (٣)، وتقدير الأرش(٤) ،وتقويم المتلف(٥)، والسلم (٦)، (انه)(٧) جيد أو رديء.

---

(١) انظر: الهداية وشرح فتح القدير ٢:٣٢٢، بدائع الصنائع ٢:٨١، الاختيار ١:١٢٩، حاشية الطحطاوي ١:٤٤٦، تحفة الفقهاء ١:٥٢٩.

- وقد استدل الحنفية لرأيهم القائل بقبول قول الواحد في ثبوت رؤية هلال رمضان إذا كان في السماء علة من غيم وغيره رجلا كان المخبر أو امرأة، لأنه امر ديني، فكان كرواية الاخبار ولما روي عن ابن عباس رضي الله عنه انه قال: (جاء اعرابي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: اني رأيت الهلال، قال: أتشهد ان لا إله إلا الله، قال: نعم، قال: أتشهد ان محمدا رسول الله، قال: نعم، قال: يا بلال اذن في الناس ليصوموا).

- اخرجه الترمذي (٣/ ٧٤ رقم ٦٩١/ الصوم/ الصوم بالشهادة) وأبو داوود (عون المعبود ٦/ ٤٦٦ - ٤٦٧ رقم ٢٣٢٣ و ٢٣٢٤/ الصيام شهادة الواحد) وابن ماجة (١/ ٥٢٩ رقم ١٦٥٢/ الصيام/ الشهادة على رؤية الهلال) و النسائي (٤/ ١٣١-١٣٢/ الصيام/ قبول شهادة الرجل الواحد) وابن خزيمة (٣/ ٢٠٨ رقم ١٩٢٣ و ١٩٢٤) وابن حبان (موارد الظمآن ٢٢١ رقم ٨٧٠) والدارقطني في سننه (٢/ ١٥٧ - ١٥٩) والبيهقي (٤/ ٢١١ - ٢١٢) والحاكم في المستدرك (١/ ٢٩٧ و ٤٢٤) وفي بعض اسانيده الوليد بن عبد الله بن ابي ثور ضعيف، وكذبه محمد بن عبد ا لله بن نمير، ولكن تابعه جماعة من الثقات، ومداره على سماك بن حرب وقد اضطرب فيه عن عكرمة فرواه عنه جماعة متصلا عن عكرمة عن ابن عباس، ورواه آخرون عن عكرمة مرسلاً. وسماك مضطرب في روايته عن عكرمة وكان يتلقف، وضعفه بعضهم، وقد اخرج له مسلم والأربعة وقد رجح النسائي المرسل فقال: وهذا اولى بالعيوب، لان سماكا كان يتلقف، وابن المبارك اثبت في سفيان من الفضل (نصب الراية ٤/ ٤٤٣ - ٤٤٤) وزاد الحافظ في التلخيص، وسماك اذا انفرد باصل لم يكن حجة (٢/ ١٨٧) وقال الترمذي: حديث ابن عباس فيه اختلاف، وقال: واكثر اصحاب سماك رووا عن سماك عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا.

(٢) ورسول القاضي هو المزكي. اي انه شهادة الفرد في الرسالة من القاضي إلى المزكي، ومن المزكي الى القاضي. انظر: (العناية ٧:٤٨١, ٣٨٢).

(٣) اي لسان الشاهد، أو لسان الخصم. (انظر: رد المحتار ٥:٤٦٩)

(٤) الارش: هو اسم للمال الواجب على ما دون النفس. انظر: (التعريفات: ١٧).

(٥) وتقويم المتلف: اي تقدير قيمته من اجل الضمان.

(٦) السلم: عقد يتضمن تعجيل احد البدلين وتأجيل الآخر، وهو نوع من البيع. (انظر: الاختيار ٢:٣٤).

(٧) (انه) في أ، ج، د، هـ، وفي ب: وانه.

وهذا مذهبهما(١).

وعند "محمد": في الجرح، والتعديل، والترجمة لا تقبل إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين (٢).

مسألة:

لو (شهدا) (٣) عند القاضي، فقال المدعى عليه: هما عبدان. وقالا: نحن (حران)(٤). وكانا مجهولين (٥)، لا تقبل شهادتهما حتى يأتيا ببينة، فان اتى واحد وشهد بحريتهما قبلت شهادتهما. (٦). من «المحيط».

---

(١) اي مذهب ابي حنيفة، وابي يوسف رحمهما الله.

انظر: (الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٧: ٣٨١).

- وقد استدل الشيخان لرأيهما بان التزكية وما في معناها - من الامور المذكورة في كلام المصنف - ليست في معنى الشهادة، ولهذا لا يشترط فيها لفظ الشهادة ولا مجلس القضاء. واشتراط العدد في الشهادة امر تعبدي فلا يتعداها إلا غيرها من الامور لذلك كفى خبر الواحد العدل، حتى جاز تزكية العبد والمرأة إن كانوا عدولا.

انظر: (رد المحتار ٥: ٤٦٩، ٤٧٠، الهداية وشرح فتح القدير ٧: ٣٨١ وما بعدها، الاشباه والنظائر: ٢٢٣، الاختيار ٢: ١٤٣، مختصر الطحاوي: ٣٢٨، الخانية ٢: ٤٦٢، الهندية ٣: ٥٢٨، شرح ادب القاضي لابن مازة ٣: ٢٧).

(٢) انظر: الاختيار ٢: ١٤٣، الهداية ٧: ٣٨١، شرح ادب القاضي لابن مازة ٣: ٢٧.

- وقد استدل محمد رحمه الله، لرايه بان التزكية في معنى الشهادة وذلك لان ولاية القضاء تنبني على ظهور العدالة، وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد، كما يشترط فيه العدالة، ولذا اشترطت الذكورة في المزكي في الحدود والقصاص، كما اشترطت في الشهادة عليهما.

انظر: (المراجع السابقة).

(٣) (شهدا) في ج، د، هـ، وفي أ، ب: شهد.

(٤) (حران) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: حرين. خطأ نحوي.

(٥) اي كانا مجهولي النسب، ولا يعرفهما القاضي، ولم تكن حريتهما ظاهرة، بان كانا من الهند أو الترك أو كانا غير عربيين، وأما إذا كانا ممن لا يجري عليهما الرق في الظاهر أو كان القاضي يعلم حريتهما، فالقول قولهما ولا يثبت رقهما إلا بالبينة.

انظر: (بدائع الصنائع ٦: ٢٧٠، شرح ادب القاضي لابن مازة ٣: ٣٩).

(٦) انظر: الهندية ٣: ٥٣٣، الخانية ٢: ٤٦٥، المبسوط ١٦: ١٥٨، بدائع الصنائع ٦: ٢٧٠، شرح ادب القاضي لابن مازة ٣: ٣٩، الاشباه والنظائر: ٢٢٣، تبيين الحقائق ٤: ٢١١.

- وقد استدل الحنفية لرأيهم بدليلين:

أ) ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال: (الناس احرار إلا في أربعة: الشهادة والحدود، والقصاص، والعقل). سبق تخريجه في القسم الأول من اثر عمر بن الخطاب.

ب) انه وإن كان الأصل في الناس الحرية لانهم أولاد آدم وحواء عليهما السلام وهما احرار، إلا أن استصحاب الاصل لدفع الاستحقاق لا لثبوته.

انظر: (المراجع السابقة).

مسألة (١) :

إذا اخبر واحد ثقة (باعسار) (٢) المسجون يخرجه من السجن (٣). والخبر الفرد (قد يلتحق) (٤) بالشهادة (متى) (٥) انضمت اليه قرينة لها أثر في ايجاب الصدق والاثنان احوط.

مسألة :

تثبت (الشهرة بالموت) (٦) بخبر الواحد العدل (رجلا) (٧) كان او امرأة. ولا يشترط فيه (لفظ) (٨) الشهادة، لأن الموت قد يتفق في موضع (لا)(٩) يحضره إلا (الواحد) (١٠). فلو لم تثبت الشهرة بقول الواحد لضاعت الحقوق المتعلقة بالموت. فلهذه الضرورة يثبت الاشتهار بخبر الواحد(العدل لأن) (١١) في اشتراط العدد في (الموت) (١٢) حرجا، لأنه لا يقوم بمباشرة اسبابه من الغسل وغيره إلا واحد. (١٣)

---

(١) (مسالة) في: أ، ج، د، هـ، وساقطة من ب.

(٢) (باعسار) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: باعتبار، تصحيف.

(٣) انظر: حاشية رد المحتار ٥:٤٦٩، الاشباه والنظائر:٢٢٣، شرح ادب القاضي لابن مازة ٣:٣٦٧، شرح ادب القاضي للجصاص:٢٥٧ وما بعدها.

- هذا وقد اوضح الحنفية أن القاضي يطلق المسجون المعسر، الذي ثبت اعساره بعد مضي مدة في السجن واختلف في تقدير هذه المدة فقيل: شهر، وقيل: ستة اشهر، وقيل: أربعة اشهر.

انظر: (شرح ادب القاضي لابن مازة ٣:٣٦٧، شرح ادب القاضي للجصاص:٢٥٧، وما بعدها).

(٤) (قد يلتحق) في: أ، د، هـ، وفي ب: يلحق، وفي ج: قد يلحق.

(٥) (متى) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٦) (الشهرة بالموت) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بالهرة بالفرق، تصحيف.

(٧) (رجلا) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: رجل، خطأ نحوي.

(٨) (لفظ) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: مسقط، تصحيف.

(٩) (لا) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ، ولا.

(١٠) (الواحد) في: أ،ج،د،هـ، وفي ب: واحد.

(١١) (العدل لان) في: أ، وفي ب: لان، وفي ج، د،هـ: ولان.

(١٢) (في الموت) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: من الموت.

(١٣) انظر: بدائع الصنائع ٦:٢٦٦، مختصر الطحطاوي:٣٣٨، الهندية ٣:٤٥٨، الخانية ٢:٤٨٨، البزازية ٥:٢٤٠، شرح ادب القاضي لابن مازة ٤:٣٩٠.

- وقد علل الكمال بن الهمام مسالة قبول خبر الواحد في الموت بان الانسان يهاب الموت ويكرهه، لذلك قد لا يحضره إلا واحد

انظر: (شرح فتح القدير ٧:٣٨٨).

- وقد ذهب ابن قاضي سماونه في كتابه جامع الفصولين (١:١٢٤) إلى القول باشتراط الاثنين في خبر الموت كسائر الشهادات، وذلك لانه ينازع في كون الموت لا يحضره إلا واحد مع ذكره بإن المختار في المذهب الاكتفاء بخبر الواحد.

مسألة :

رجل تزوج امرأة رضيعة فغاب عنها، فجاء رجل فاخبره انها (ارتضعت)(١) من ام الزوج أو اخته (٢)، (أو اخبره) (٣) انها قبلت ابن زوجها أو اباه وهي مشتهاة(٤)، ووقع عنده انه (صادق فله) (٥) ان يتزوج اختها، (واربعا) (٦) سواها (٧)، بخلاف ما إذا اخبره بسبق الرضاع والمصاهرة على النكاح لأنه ثمة الزوج ينازعه (٨)، أما هنا فيدعى امراً عارضا، والزوج لا ينازعه، لأنه لا يعلم، والاثنان أحوط. فان وقع عنده صدقه وجب قبوله. (٩).

---

(١) (ارتضعت) في : أ، ب،ج، وفي د، هـ: ارضعت، خطأ مطبعي.

(٢) اي اصبحت محرمة عليه بالرضاع.

(٣) (او اخبره) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: أو اخبرها.

(٤) لانها تكون محرمة بالمصاهرة (انظر: شرح فتح القدير:٣: ٢٢٤).

(٥) (صادق فله) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: صادق فيما قال ليس له.

(٦) (واربعا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: أو اربعة.

(٧) اي تكون محرمة عليه.

(٨) اي يستطيع الزوج ان يدفع قوله هذا إن تبين هنالك دفع مقبول.

(٩) انظر: الخانية ٣: ٤٢٠، ٤٢١، الهندية ٥: ٣١٢.

- قال في الخانية: ٢٤٠ «لو كانت المراة صغيرة فأخبره انسان أنها ارتضعت من امه أو أخته صح هذا الخبر، ولو أخبره انسان أنه تزوجها وهي مرتدة يوم تزوجها، أو كانت أخته من الرضاع، والمخبر ثقة لا ينبغي له أن يتزوج أربعاً سواها ما لم يشهد بذلك عنده شاهدا عدل، لأنه أخبره بفساد عقد كان محكوماً بصحته ظاهراً فلا يبطل ذلك بخبر الواحد وهذا خبر مستنكر وهو مباشرة النكاح بصفة الفساد. بخلاف الأول فان ثمة أخبر بأمر عارض غير مستنكر، فإن شهد عنده شاهدا عدل بذلك وسعه أن يتزوج أربعا سواها.

قال في الهندية ٥: ٣١٢: «إذا كانت الزوجة مشتهاة، فأخبره رجل أن أبا الزوج أو ابنه قبّلها بشهوة ووقع عنده أنه صادق له أن يتزوج بأختها. أو أربعاً سواها بخلاف ما لو أخبره بسبق الرضاع أو المصاهرة على النكاح، لأن الزوج ثمة ينازعه، وفي العارض لاينازعه لعدم العلم، فإن وقع عنده صدقه فله قبوله هكذا في الوجيز للكردري».

فرع (١):

لو اخبره رجل ان امرأته ارتدت عن الإسلام، أو اخبرت المرأة بأن زوجها ارتد، هل يجب القبول ؟

فيه روايتان (٢).

ولو اخبرها انسان انه طلقها زوجها يحل لها (التزويج) (٣) بزوج آخر(٤) انظر "الخلاصة".

مسألة:

سكوتها عند (الاستئذان) (٥) رضا، وإنما يكون سكوتها (٦) رضا بامور:

احدها: ان تكون عالمة وطريق العلم، أن يبعث الولي رسولا واحدا عدلا، أو غير عدل (فيخبرها) (٧) بذلك، أو يخبرها بنفسه، أما إذا اخبرها فضولي فلا بد من العدد(٨)

---

(١) (فرع) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: مسألة.

(٢) انظر: شرح فتح القدير٧:٣٩١، البزازية ٥: ٢٤٠، ٢٤١، الخانية ٢: ٤٨٤، جامع الفصولين ١: ١٣٢.

- والروايتان في المسالة هما رواية السير وفيها انه يجوز، ورواية الاستحسان لا يجوز.

- قال في الخانية ٣: ٤٢٠: «ولو ان مخبراً أخبر المرأة ان زوجها قد ارتد. ذكر في الاستحسان من الأصل: ان لها ان تتزوج بزوج آخر، وسوى بين الرجل والمرأة وذكر في السير الكبير: ليس لها ان تتزوج بزوج آخر حتى يشهد عندها رجلان، أو رجل وامرأتان لأن ردة الزوج اغلظ من ردة المرأة.

وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله: أن لها ان تتزوج آخر لأن المقصود من الخبر وقوع الفرقة بين الزوجين، وفي هذا لا فرق بين ردة الزوج والمرأة».

(٣) (التزويج) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: التزوج.

(٤) انظر: المراجع السابقة.

(٥) (الإستئذان) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الإيذان.

(٦) (سكوتها): في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٧) (فيخبرها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فيخبر.

(٨) انظر: حاشية رد المحتار ٣: ٥٩، الهندية ١: ٢٨٧، البزازية ٤: ١٢٧.

- هذا وقد اشترط الإمام أبو حنيفة - رحمه الله - العدد، أو العدالة إن كان المخبر فضولياً، خلافاً لصاحبيه - رحمهما الله - فلا بد أن يكون المخبر عدلاً، أو ان يكون اثنين مستورين. (انظر: رد المحتار ٣: ٥٩).

مسألة:

ما بطن من العيوب في حيوان، وقن، وامة فالطريق هو الرجوع الى اهل (البصر)(١)، ان اخبر واحد عدل يثبت العيب في حق الخصومة، وان شهد به عدلان، وشهدا انه كان عند البائع يرد عليه، قاله "قاضيخان" (٢).

استدلال وتنبيه:

القياس أن تكون شهادة الفرد حجة تامة في باب الديانات، لرجحان الصدق في خبره باعتبار عقله ودينه. إلا أنه (جعل) (٣) العدد شرطا فيما يطلع عليه الرجال نصا لا قياسا (٤)، فبقي هذا (على) (٥) قضية القياس (٦) مع أن ها هنا (٧) مست الضرورة إلا أنه لا يشترط العدد كيلا يكثر النظر الى (العورة) (٨).

وهل يشترط لفظ الشهادة ؟ (٩)

---

(١) (البصر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: النظر. تصحيف.

(٢) الخانية ٢: ١٩٤ - ١٩٥.

وانظر: الهندية ٣: ٨٧، حاشية رد المحتار ٥ك٣١، شرح فتح القدير ٦: ٣٦٢.

- وفيها: العيب إن كان باطناً وفي النساء، فإنه يكفي لإثباته في حق الخصومة امرأة واحدة عدلة، والاثنتان أحوط، لأن هذا مما لا يطلع عليه الرجال.

(٣) (جعل) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٤) القياس ان تكون شهادة الفرد حجة تامة في باب الديانات وفي غيره من حقوق العباد، وإلا فهي حجة في باب الديانات بالإجماع.

قال في المبسوط ١٦: ١١٢«القياس ان يكتفى بشهادة الواحد، لأن رجحان جانب الصدق في خبر الواحد بصفة العدالة، ولهذا كان خبر الواحد العدل موجبا للعمل، وكما لا يثبت علم اليقين، لا يثبت بخبر العدد، ما لم يبلغوا حد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد، ولكن تركنا ذلك للنصوص وفيها بيان العدد في الشهادات المطلقة، كما تلونا من الايات قال تعالى: «واشهدوا ذوي عدل منكم» وقال تعالى «فاستشهدوا عليهن أربعة منكم».

(٥) (على) في: أ، ج، د، هـ، وساقطة من ب.

(٦) اقول: اظن ان هنالك خطأ في عبارة المصنف - رحمه الله - فالاصل ان تكون «فبقي هذا على قضية النص»، لان اشتراط العدد ثابت بالنص لا بالقياس - والله تعالى اعلم -.

=

قال "مشايخ خراسان": يشترط لأن هذه شهادة محضة، لأنها توجب على غيره لا على نفسه،

وقال "مشايخ العراق": لا يشترط لأن هذا خبر، لم يشترط لقبوله لفظ (الشهادة) (١). (وذكر) (٢) في بعض روايات "المبسوط": ولا تقبل في ذلك شهادة رجل واحد، فقد اختلف المشايخ فيه.

(فقيل) (٣): تقبل لأنه تقبل فيه شهادة امرأة واحدة، فلأن تقبل في ذلك شهادة رجل واحد اولى، ولا يقال يفسق بالنظر إلى ما لا يحل (له) (٤) لأنه يشكل بما لو شهد على ذلك رجل وامرأتان، أو رجلان تقبل (٥).

وقيل: لا تقبل (٦). انظركتاب الشهادات من "المحيط".

مسألة:

قال جمع من العلماء (٧) يجوز تقليد المفتي الواحد إذا كان عدلا بالغا سواء كان حرا أو عبدا و، يجوز ان تقلد رسولك اليه. وكذا إذا كتب المفتي خطه في رقعة (للمستفتي) (٨) جاز العمل بخطه إذا كان الرسول ثقة، (فان) (٩) عرف (المستفتي) (١٠) خطه وكان الرسول غير ثقة ففيه نظر.

=

(٧) والمقصود بقوله « ها هنا» اي شهادة الرجل على ما لا يطلع عليه الرجال عادة وهذا مفهوم من سياق كلامه الاحق.

(٨) (العورة) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: العورات.

(٩) اي في مسألة شهادة الرجل الواحد على ما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة.

- ومسألة اشتراط لفظ الشهادة أو عدم اشتراطه واردة في كتب الحنفية عند بحث مسألة شهادة النساء فيما لا يستطاع للرجال النظر اليه. وليس في مسألة شهادة الرجل الواحد فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة. ولكن مؤدي الامرين واحد.

انظر: (الاختيار ٢:١٤٠، تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي عليه ٤:٢٠٩، ٢١٠، شرح فتح القدير ٧:٢٧٤، وما بعدها، حاشية رد المحتار ٥:٤٦٥، المبسوط ١٦:١٤٤).

(١) وقول مشايخ خراسان هو الصحيح في المذهب، لان شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال من باب الشهادات فيشترط فيها ما يشترط في باقي الشهادات من الحرية والعدالة ومجلس الحكم.

انظر: (المراجع السابقة).

(٢) (وذكر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يذكر.

=

....

---

(٣) (فقيل) في أ، ج، وفي ب، د، هـ: قيل.

(٤) (له) في: أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ.

(٥) انظر: المراجع السابقة).

- وفيها: ان القول بقبول الشهادة محمول على أن يقول الشاهد ان كان عدلا - فاجأتها فاتفق نظري عليه.

(٦) المراجع السابقة.

- وفيها: ان القول بعدم قبول الشهادة محمول على ان يقول الشاهد تعمدت النظر.

(٧) تبصرة الحكام ١:٢٩٢، وقد نسب ابن فرحون هذه المسألة إلى بعض اصحابه المالكية فقال: «قال بعض اصحابنا».

(٨) (للمستفتي) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.

(٩) (فان) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فإذا.

(١٠) (المستفتي) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: المفتي.

ووجه هذا ما جرت به العادة في سائر الاعصار والامصار مع ضرورة الناس إلى ذلك وكانت (الخواتيم)(١) تجوز على كتب القضاة، حتى احدثت الشهادة على كتاب القاضي لاجل حدوث التهمة على خاتم القاضي. وأول من أحدث الشهادة على ذلك هارون الرشيد.

وقيل: (ابوه) (٢) المهدي. قاله بعضهم(٣).

فرع:

إذا اخبره (بعدد ما صلى) (٤) عدل فهل (يكتفي به) (٥)؟ أم لا بد من اثنين ؟ (فيه خلاف) (٦).

فرع:

والمؤذن يكفي اخباره بدخول الوقت إذا كان (عاقلا بالغا) (٧) عالما بالاوقات مسلما ذكرا، ويعتمد على قوله(٨)، والله اعلم.

---

(١) (الخواتيم) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: الخواتم.

(٢) (ابوه) في: ج، في: أ، ج، د، هـ: ابن.

(٣) هذا القول منسوب لابن شعبان من المالكية في كتاب الزاهي. انظر(تبصرة الحكام لابن فرحون ١: ٢٩٢).

(٤) (بعدد ما صلى) في: ب، د، هـ، وفي أ: بعدما وصل، وفي ج: بعد امتثال.

(٥) (يكتفى به) في: أ، د، هـ، وفي ب: يكفي فيه، وفي ج: يكتفي فيه.

(٦) (فيه خلاف) في: د، هـ، وفي ب، ج: ففيه خلاف، وفي أ: قدر خلاف.

-انظر: الهندية ١: ١٣١، الخانية ١: ١٠٤، ١٠٥، البزازية ٤: ٦٢.

فقد قال في الهندية ١: ١٣١ «رجل صلى وحده، أو صلى بقوم، فلما سلم اخبره رجل عدل انك صليت الظهر ثلاث ركعات، قالوا: ان كان عند المصلي انه صلى اربع ركعات لا يلتفت الى قول المخبر كذا في المحيط. وفي الظهيرية: قال محمد بن الحسن - رحمه الله - اما أنا فأعيد بقول واحد عدل بكل حال كذا في التتارخانية. ولو شك المصلي في المخبر انه صادق، أو كاذب روى عن محمد رحمه الله انه يعيد الصلاة احتياطا، وان شك في قول رجلين عدلين اعاد صلاته، وان لم يكن المخبر عدلا لا يقبل قوله».

(٧) (عاقلا بالغا) في أ، وفي: ب، ج، د، هـ: بالغا عاقلا، تقديم وتأخير.

(٨) انظر: حاشية رد المحتار ١: ٣٧٠.

- واخبار المؤذن بدخول الوقت يعتبر في باب الديانات، وخبر الواحد العدل في باب الديانات مقبول اجماعا. (انظر: روضة القضاة ١: ٢٠٢، حاشية رد المحتار ١: ٣٧٠).

الباب السابع

في القضاء بقبول امرأة بانفرادها

وذلك فيما لا يطلع عليه إلا (النساء)(١) كالولادة، والبكارة، والثيوبة، والحيض، والحمل، والسقط، والاستهلال (٢)، وعيوب الحرائر والاماء. وفي كل (ما) (٣) تحت ثيابهن.

(ووجه) (٤) ذلك انه لما كانت هذه الامور مما لا يحضرها الرجال ولا يطلعون عليها، اقيم (فيها) (٥) النساء مقام الرجال للضرورة (٦).

---

(١) (النساء) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: النسوان.

(٢) الاستهلال: هو ان يكون من الولد ما يدل على حياته من بكاء أو تحريك عضو، أو عين.
انظر: (التعريفات: ٢٢).

(٣) (ما) في: أ، ج، د، هـ، وساقطة من ب.

(٤) (ووجه) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: وجه.

(٥) (فيها) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: فيه.

(٦) انظر: تبيين الحقائق ٤:٢٠٧، بدائع الصنائع ٦:٢٧٨، حاشية رد المحتار ٥:٤٦٥، الاختيار ٢:١٤٠، روضة القضاة ١:٢٠٩.

- وشهادة النساء منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال مقبولة عند الحنفية من باب الاستحسان، حيث ان القياس يأبى قبول شهادتهن وحدهن، لانهن ناقصات عقل ودين بوصفه صلى الله عليه وسلم لهن بذلك حيث قال: «النساء ناقصات عقل ودين».

- اخرجه البخاري في صحيحه (الفتح١/ ٤١٥ رقم ٣٠٤/الحيض/ترك الحائض الصوم) وبرقم (١٤٦٢ و ١٩٥١ و ٢٦٥٨) عن ابي سعيد الخدري في حديث طرفه: «يا معشر النساء تصدقن» وفيه ما رأيت من ناقصات عقل ودين اذهب للب الرجل الحازم من إحداكن واشار اليه مسلم (١/ ٧٨ رقم ٨٠/الايمان/ بيان نقص الايمان بنقص الطاعات) واخرجه مسلم ايضا من حديث ابن عمر واخرج الحاكم نحوه عن ابي مسعود (٢/ ١٩٠).

وبالنقصان تثبت شبهة العدم في شهادتهن. والضلال والنسيان وسرعة الانخداع غالب عليهن، وذلك كله يمكن تهمة في شهادتهن ولكن يمكن الاحتراز عن هذه التهم بضم شهادتهن إلى شهادة الرجال. ولكن ترك القياس بالاثر الوارد عنه صلى الله عليه وسلم حيث قال: «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطاع للرجال النظر اليه» سيأتي تخريجه في احاديث المتن.

انظر: (المبسوط ١٦:١٤٢، ١٤٣، الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٧:٣٧٢، ٣٧٣).

مسألة :

إذا كانا زوجين (ثم اتت)(١) بولد (٢)، فجحد ولادتها حال قيام النكاح فشهدت امرأة واحدة (حرة مسلمة) (٣) يثبت ذلك، وبه صرح في "المبسوط" (٤) حتى لو نفاه الزوج يلاعن لأن النسب يثبت بالفراش القائم (٥)، واللعان إنما يجب بالقذف، وليس من ضرورته وجود الولد، فإنه يصح بدونه (٦).

---

(١) (ثم اتت) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: فاتت.

(٢) اي اتت بولد لستة اشهر فصاعدا، من يوم الزواج، وهي اقل مدة الحمل التي يثبت فيها النسب.
انظر: (الهداية وشرح فتح القدير ٤: ٣٥٩).

(٣) (حرة مسلمة) في: أ، د، هـ، وفي ب: مرة، وفي ج: مسلمة.

(٤) انظر: المبسوط ١٦: ١٤٢، ١٤٣.

(٥) انظر الهداية وشرح فتح القدير ٤: ٣٥٦، وما بعدها، بدائع الصنائع ٣: ٢١٥، وما بعدها، الاختيار ٣: ١٧٩، ١٨٠، الهندية ١: ٥٣٦، الخانية ١: ٥٧٧.

- وقد ذهب الامام أبو حنيفة إلى أن النسب لا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، اي ان شهادة القابلة على الولادة غير مقبولة، إلا إذا تأيدت بمؤيد كالحبل الظاهر، أو الفراش وأما عند الصاحبين فشهادة القابلة على الولادة مقبولة في جميع الاحوال، وفي هذه المسألة شهادة الواحدة مقبولة عندهم جميعا، وذلك ظاهر في قول الصاحبين، وفي قول ابي حنفية لأن الشهادة تأيدت بمؤيد وهو الفراش.

انظر: (المراجع السابقة)

(٦) انظر: (المراجع السابقة)

- وقد قيد المصنف - رحمه الله - هذه المسألة بقوله: «وليس من ضرورته وجود الولد» حتى لا يقال بأن اللعان وجب لنفي الولد والولد يثبت بشهادة القابلة، واللعان في معنى الحد، فكان الحد ثابت بشهادة النساء، وهذا لا يجوز. فاللعان ثابت في هذه المسألة بقذف الزوج للزوجة بالزنا، وحيث أنه نفى الولد كان قاذفاً لها بالزنا انظر (العناية وشرح فتح القدير ٤: ٣٥٩).

مسألة :

لو قال لزوجته: ان ولدت فانت طالق. فقالت: ولدت. (وانكر) (١) فشهدت به القابلة، يقبل قولها عند "ابي يوسف" و "محمد"، لأن (شهادتها)(٢) حجة في ذلك (٣).

قال صلى الله عليه وسلم: «شهادة النساء جائزة فيما لا يستطاع (للرجال) (٤) النظر اليه»(٥)». ولانها لما قبلت على الولادة، تقبل فيما (يبتنى (٦)، عليها (٧)) (٨).

وقال "ابو حنيفة" (رحمه الله (٩)، (انها) (١٠) ادعت الحنث (١١)، فلا يثبت إلا بحجة تامة. وهذا لأن شهادتهن ضرورية في الولادة. فلا تظهر في حق الطلاق لأنه ينفك (عنه) (١٢). (١٣)

---

(١) (وانكر) في: أ، ب، ج، وفي: د، هـ: فانكر.

(٢) (شهادتها) في: أ، ب، وفي ج، د، هـ: شهادتهما.

(٣) حجة في ذلك: اي في اثبات الولادة. انظر (شرح فتح القدير ٤ :٣٦١).

(٤) (للرجال) في ب، د، هـ، وفي أ، ج: الرجال.

(٥) المشهور في لفظه عند الحنفية: فيما لا يستطيع الرجال. . . . " وهو لا يوجد بهذين اللفظين عند المحدثين، فقد اخرج ابن ابي شيبة في المصنف (٦/ ١٨٥ رقم ٧٤٩) عن الزهري قال: مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن. . . . " وبنحوه اخرجه عبد الرزاق في المصنف (٨/ ٣٣ رقم ١٥٤٢٧) وفي انساده ابو بكر بن عبد الله بن محمد بن ابي سبرة وهو متهم بالوضع، وفي الباب آثار اخرى لا تقوم بها حجة.

(٦) (يبتنى) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: ينبني.

(٧) (عليها) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: عليه.

(٨) انظر: العناية وشرح فتح القدير ٤ :٣٦٠، بدائع الصنائع ٣ :٢١٦، الاختيار ٣ :١٨٠، حاشية رد المحتار ٣ :٥٤٨، حاشية الطحطاوي ٢ :٢٣٧.

- ووجه قول الصاحبين ان الطلاق حكم متعلق بالولادة، وشهادة القابلة حجة في اثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا وذلك لان من ضرورات ثبوت الولادة وقوع الطلاق المعلق بها.

انظر: (المراجع السابقة).

(٩) (رحمه الله) في أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ.

(١٠) (انها) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١١) الحنث بكسر الحاء: يطلق على معان منها: الاثم، ومنها الخلف في اليمين والمقصود هنا الخلف في اليمين، يقال: حنث في يمينه إذا لم يف بها.

انظر: (القاموس المحيط ١ :١٦٥، مختار الصحاح: ١٥٨، المفردات في غريب القرآن: ١٣٣).

(١٢) (عنه) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: عنها. خطأ مطبعي.

(١٣) انظر: شرح فتح القدير ٤ : ٣٦٠، الاختيار ٣ :١٨١، حاشية رد المحتار ٣ :٥٤٨، حاشية الطحطاوي ٢ :٢٣٧.

وتفصيل قول ابي حنيفة - رحمه الله - هو ان شهادة القابلة حجة ضرورية، لأنها شهادة فرد، ثم هو انثى فيظهر فيما فيه الضرورة والضرورة في الولادة فيظهر فيها، ووقوع الطلاق ليس من ضرورات الولادة لتصور الولادة بدون طلاق.

انظر: (بدائع الصنائع ٣ :٢١٦).

فصل

وأما شهادتهـن على استهلال الصبي، فعند "ابي حنيـفة" لا تقبل في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجـال. إلا في حق الصلاة (لانها) (١) من امور الدين(٢). وعندهما تقبل في حق الارث ايضا، لأنـه صوت عند الولادة. ولا يحضرها الرجال عـادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة (٣).

(١) (لانها) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: لانه.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٤:٢٠٩، الهداية وشرح فتح القدير ٧:٣٧٤ وما بعدها، الاختيار ٢:١٤٠، الهندية ٣:٤٦٥، الخانية ٢:٤٥٩.

- ووجه قول الامام ابي حنيفة - رحمه الله - ان الاستهلال صوت مسموع، وفي السماع الرجال يشاركون النساء وفي كل موضع يكون المشهود به مما يطلع عليه الرجال لا تكون شهادة النساء وحدهن حجة تامة فيه. وهذا بخلاف الشهادة على الولادة حيث أن الولادة انفصال الولد عن الام، والرجال لا يشاركون النساء في ذلك، واما قبول شهادتهن في حق الصلاة فذلك لانها من امور الدين، وخبر المرأة الواحدة حجة في ذلك بخلاف الارث فانه من حقوق العباد.

انظر: (المبسوط ١٦:١٤٤).

(٣) انظر: المراجع السابقة .

- وقد استدل الصاحبان - رحمهما الله - لقولهما بما روي عن علي رضي الله عنه « انه اجاز شهادة القابلة».

اخرجه عبد الرزاق في المصنف (٧/٤٨٥ رقم ١٣٩٨٦) وابن ابي شيبة (٦/١٨٧ رقم ٧٥٦)

والبيهقي في سننه (١٠/١٥١) واسناده ضعيف.

واخرجه البيهقي باسناد آخر ضعيف ايضاً.

واستدلوا ايضا بأن المولود عند الولادة من الضعف بمكان بحيث لا يسمعه إلا من شهد تلك الحالة، ولذلك يكون الاستهلال حالة لا يطلع عليها الرجال، وشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال، كشهادة الرجال فيما يطلع عليه الرجال.

(انظر: المبسوط ١٦:١٤٤).

فصل

وما يكون في موضع لا يطلع عليه الرجال فعلى القاضي ان (يريه حرة) (١) عدلة، (والاثنتان) (٢) احوط، فان اخبرت انه لا عيب (به) (٣) فلا خصومه، (اذ لا بد)(٤) من ثبوت العيب ليخاصم. وان اخبرت (بالعيب) (٥) فلا يرد (بمجرد) (٦) قولها، اذ مجرد قولها ليس (بملزم) (٧). لكن يحلف البائع (فيرد) (٨) لو نكل. وإلا فلا (٩).

وعند "ابي يوسف": أنه يرد (بمجرد) (١٠) قولها، لأن قولهن حجة فيما لا يطلع عليه الرجال. وعند "محمد": ان العقد ينفسخ قبل القبض بقولها لا بعده للحاجة إلى ادخالها في ضمان البائع، ومجرد قولها ليس (حجة) (١١) فيه. (مقتضب) (١٢) من "جامع الفصولين" (١٣).

---

(١) (يريه حرة) في أ، وفي ب، د، هـ: يزيد امرأة، وفي ج: يريه امرأة.

(٢) (والاثنتان) في: أ، ب، ج، وفي: د، هـ: الاثنان.

(٣) (به) في: أ، د، هـ، وفي ب: فيه، وساقطة من ج.

(٤) (اذ لا بد) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فلا بد.

(٥) (بالعيب) في ب، في: أ، ج، د، هـ: بالعلم.

(٦) (بمجرد) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: مجرد.

(٧) (بملزم) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يلزم.

(٨) (فيرد) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٩) انظر: جامع الفصولين ١:٢٥١، الخانية ٢:١٩٥، الهندية ٣:٨٧، الهداية وشرح فتح القدير ٦:٣٦٢، حاشية رد المحتار ٥:٣١.

- وهذا هو رأي الامام ابي حنفية - رحمه الله - في ظاهر الرواية وهو الصحيح في المذهب، وذلك لان شهادة النساء وحدهن حجة ضعيفة، فلا يحكم بها إلا بمؤيد، وهو نكول البائع.

انظر: (المراجع السابقة).

(١٠) (بمجرد) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: مجرد.

(١١) (حجة) في أ، وفي: ب، ج، د، هـ: بحجة.

(١٢) (مقتضب) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: متقصة.

(١٣) جامع الفصولين ١:٢٥١، وانظر: المراجع السابقة.

- وقد بين ابن عابدين في الحاشية ان الاكتفاء بقول الواحدة في حق توجه الخصومة لا في حق الرد سواء كان ذلك قبل القبض أو بعده، هو ظاهر الرواية عند علماء المذهب الثلاثة - ابي حنفية وصاحبيه - وهو المشهور فكان هو المذهب المعتمد وان اقتصر في كثير من الكتب على خلافه - كما هو الحال في ذكر المصنف رحمه الله لهذه المسألة) (انظر: حاشية رد المحتار ٥:٣١، ٣٢).

مسألة (١):

يقبل قول المرأة في ارسال الهدية، ويجوز قبولها، والاقدام على الاكل بقولها (ويقبل قولها في الاذن) (٢) في دخول الدار، والهجم على العيال (٣).

مسألة:

اذا انكر الزوج ما ادعته عليه المرأة من الاعتراض (٤)، وكانت بكرا (٥) نظر النساء اليها، فان قلن هي ثيب، فالقول قوله مع يمينه (٦).

---

(١) (مسألة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فصل.

(٢) (يقبل قولها في الاذن) في: أ، د، هـ، وفي ب: ويقبل في الاذن، وفي ج: بالاذن.

(٣) انظر: تبصرة الحكام ١: ٢٩٨، فقد ذكر هذه المسألة بحرفيتها تحت فصل: المواضع التي يقبل فيها قول المرأة مما لا يتعلق باحكام القضاء.

- ولعل المقصود بالهجم على العيال، ما يحصل من مشاجرات بين الجيران.

- وظاهر مذهب الحنفية موافق لما ذكره المصنف رحمه الله، فقد قال في الهندية ٥: ٣١٠ «يقبل قول الواحد في المعاملات عدلاً كان او فاسقاً، حراً كان او عبداً، ذكراً كان او انثى، مسلماً كان أو كافراً، دفعاً للحرج والضرورة. ومن المعاملات الوكالات والمضاربات والرسالات في الهدايا، والاذن في التجارات كذا في الكافي».

(٤) الاعتراض: هو من العرض (بالفتح) وهو ما يعرض للانسان من مرض ونحوه.

انظر: (مختار الصحاح: ٤٢٥، القاموس المحيط ٢: ٣٣٥).

- والمقصود هنا ان تدعي الزوجة أنه قد اصاب زوجها علة معترضة جعلته عنينا غير قادر على الوصول إلى النساء ويوكد هذا المعنى ما قاله في الهداية ٤: ٢٩٨، «ولأن الحق ثابت لها في الوطء، ويحتمل ان يكون الامتناع لعلة معترضة، ويحتمل لآفة أصلية، فلا بد من معرفة ذلك».

(٥) اي كانت تدعي أنها بكر، وذلك لانها سوف تعرض على النساء لاثبات ذلك.

(٦) كان القول قول الزوج مع يمينه، لان الظاهر يشهد له، حيث ان الاصل سلامة الجبلة من العيب، والقول لمن يشهد له الظاهر. هذا بالاضافة إلى أنه ينكر استحقاق الفرقة واليمين تكون من جانب المنكر.

انظر: (الهداية والعناية ٤: ٣٠١، بدائع الصنائع ٢: ٢٢٣).

لان قول النساء ليس بحجة فوجب تحليفه. وانما يثبت بقول النساء (الثيوبة) (١) لا الوصول.

وفي "الاصل": ان المرأة الواحدة تجزىء، والثنتان احوط، لأن ما لا يضم (اليه) (٢) قول الرجل لا يعتبر فيه العدد، لأن اشتراط العدد عرفناه بالنص، بخلاف الاصل (٣)، فلا يصير (متواترا) (٤) باشتراط هذا العدد. كذا ذكرته في شرحي "للوقاية" المسمى "الاستغناء".

مسألة:

نقل "ابن حزم" في "مراتب الاجماع" (٥) اجماع الامة على قبول قول المرأة الواحدة في اهداء الزوجة لزوجها ليلة العرس.

---

(١) (الثيوبة) في أ، وفي: ب، ج، د، هـ: الثيابة.

انظر: الهداية وشرح فتح القدير ٤:٣٠١، الاختيار ٣:١١٥، بدائع الصنائع ٢:٣٢١، مختصر الطحاوي:١٨٢، الهندية ١:٥٢٢، الخانية ١: ٤١٠، البزازية ٤:١٥٤.

- ووجه القول بأن شهادة النساء ليست بحجة في الوصول هو ان البكارة قد تزول بغير الوصول، كالوثبة ونحوها.

انظر: (المراجع السابقة).

- وتفصيل المسألة عند الحنفية: ان الزوجة تدعى على زوجها انه عنين - اي غير قادر على الوصول الى النساء -، والزوج ينكر ذلك، فالقاضي متى رفع الامر اليه يُري الزوجة للنساء: فإن قلن هي ثيب، كان القول قول الزوج مع يمينه، فان حلف سقط حق الزوجة، وإن نكل اجل سنة، لأنه بنكوله كان مقرا بعدم الوصول اليها. وان قلن هي بكر، اجل سنة من غير احتياج إلى الاستحلاف او النكول، وذلك لتيقن كذبه، ثم اذا اجل ومضت السنة فاختلفا في الوصول، فعلى إذا ما اختلفا قبل التاجيل إن كانت بكرا نظرن اليها، فان قلن بكر، خيرت للحال بين الفرقة والاقامة، وان قلن ثيب حلف واستقر النكاح، فان نكل خيرت للحال بين الاقامة والفرقة.

انظر: (المراجع السابقة)

(٢) (اليه) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٣) والاصل هنا ان لا شهادة للنساء منفردات، لغلبة السهو والنسيان، فلا بد من شهادة الرجال معهن، والعدد في هذا الأصل مشترط بقوله تعالى: ﴿فان لم يكونا رجلين، فرجل وامرأتان﴾.

انظر: (المبسوط: ١٦/١٤٢، ١٤٣).

(٤) (متواتراً) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: متواتر.

- اي لا يصير قول النساء مفيدا لليقين باشتراط العدد، للشبهة في شهادتهن.

(٥) انظر: مراتب الاجماع: ٦٥.

الباب الثامن

في القضاء بالنكول عن اليمين، وعن حضور مجلس الحاكم، (وبيان) (١) المواضع التي يجب فيها اجابة دعوة الحاكم وما لا يجب فيه الاجابة.

مسألة :

يجوز القضاء بالنكول في باب (الاموال) (٢)، ولا ترد اليمين إلى المدعي (٣).

(١) (وبيان) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: وبيا (بسقوط النون).

(٢) (الاموال) في: أ، ج، د، هـ، وفي ج: اليمين.

- ذهب الامام ابو حنيفة الى القول بجواز القضاء بالنكول في كل ما يصح فيه البذل حتى جاز القضاء بالنكول في الاموال وقصاص الاطراف، واما الصاحبان فقالا: بجواز القضاء بالنكول في كل ما تتوجه فيه اليمين، اي في كل ما يصح الاقرار به فجاز القضاء بالنكول في ا لاموال وفي الدعاوي السبع وهي: النكاح، والرجعة، والفيء في الايلاء، والنسب، والرق، والاستيلاد، والولاء.

انظر: (بدائع الصنائع ٦: ٢٣٠، ٢٣١، تبين الحقائق ٤: ٢٩٧، مجمع الانهر ٢: ٢٥٦، الاختيار ٢: ١١٣، جامع الفصولين ١: ١٤٩، المبسوط١٦: ١١٧، النتف في الفتاوى ٢: ٧٧٨).

(٣) انظر: الهداية والعناية وحاشية نتائج الافكار ٨: ١٧٢، الاختيار ٢: ١١١، البدائع ٦: ٢٢٥.

- وقد استدل الحنفية لرأيهم بعدم جواز رد اليمين الى المدعى بما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» - سبق تخريجه - فقد قسم صلى الله عليه وسلم بين الخصمين فجعل البينة في جانب المدعي واليمن في جانب المدعى عليه، والقسمة تنافي الشركة، لأن القسمة تقتضي التميز، والشركة تقتضي عدم التمييز. هذا بالاضافة إلى أن الالف واللام، في قوله: «اليمين»، تقتضي استغراق الجنس، أي ان جنس الايمان على المنكرين، اي جميع أفراد الايمان على المنكرين، ولا يخرج عن ذلك فرد واحد.

لذلك كان القول برد اليمين خلافا للنص، وهو لا يجوز.

انظر: (المراجع السابقة).

وقال الشافعي: لا يقضى بالنكول، ولكنه ترد اليمين (الى)(١) المدعي فان حلف اخذ المال، وإلا فلا (٢).

والصحيح قولنا: لأن النكول (ادل) (٣) على رجحان الكذب في انكاره لانه لو كان صادقا في انكاره لاقدم على الحلف، إذ لو لم يحلف يفوت ماله، لان عندنا يقضى بمجرد النكول، وعنده (٤) تنقل اليمين إلى المدعي فيحلف غالبا، فيقضي له بالمال. وهذا (صارف) (٥) للمدعى عليه عن النكول، لو كان صادقا في انكاره، لان حب المال يحمله على اليمين الكاذبة (فيحلف) (٦) صيانة للمال، فكيف لا يحمله على اليمين الصادقة، فلما امتنع عن اليمين غلب على ظن القاضي، أنه لما امتنع عن اليمين الكاذبة (ظهر) (٧) كونه (مبطلا) (٨) وكون المدعي (محقا فوجب) (٩) على القاضي تمكين المدعي من اخذ المال، دفعا للظلم عنه (١٠).

---

(١) (الى) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: على.

(٢) انظر: الوجيز ٢:٢٦٦، المهذب ٢:٣١٨، مغني المحتاج ٤:٤٧٧.

(٣) (ادل) في أ، وفي: ب، ج، د، هـ: دل.

(٤) اي عند الشافعي رحمه الله.

(٥) (صارف) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: صادر.

(٦) (فيحلف) في د، هـ، وساقطة من أ، ب، ج.

(٧) (ظهر) في: أ، ب، وفي ج: فظهر، وفي د، هـ: وظهر.

(٨) (مبطلا) في: ب، ج، د، هـ، وغير واضحة في أ.

(٩) (محقا فوجب) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: وجب.

(١٠) انظر: الهداية والعناية وحاشية نتائج الافكار ٨:١٧٦/١٧٧.

- وما ذكره المصنف - رحمه الله - استدلال عقلي لمذهب الحنفية القائل بجواز القضاء بالنكول، وكان هذا الدليل يحمل النكول على معنى الاقرار كما هو مذهب الصاحبين اي ان الناكل صار مقرا بالحق المدعى به، فيعني ذلك كذبه في انكاره السابق.

وقد يحمل النكول على معنى البذل والاباحة كما هو عند الامام ابي حنفية فيصير الناكل مترفعا عن اليمين الصادقة بذلا منه لحقه لغيره قطعا للخصومة. فيقضى عليه ببذله فيما يجري فيه البذل والاباحة اي في الاموال والقصاص بالاطراف.

انظر: (المراجع السابقة).

مسألة:

ويجوز رد اليمين إلى المدعي على وجه الصلح (١).

وذكر في "الجامع الصغير" :(٢) ان الصلح (على) (٣) اليمين جائز، حتى لا يكون له أن يستحلفه على ذلك ابدا (٤). فلما جاز الصلح (جاز) (٥) رد اليمين ايضا (٦) إلى المدعي على وجه الصلح.

وذكر في "المنتقى" : لو قال لرجل: لي عليك الف درهم، فقال المدعى عليه ان حلفت انها لك على اديتها اليك. فحلف وأداها اليه على الشرط الذي (اشترطا) (٧) فله أن يستردها منه ما لم (يؤدها) (٨) بغير شرط (٩).

---

(١) انظر: مجمع الانهر، والدر المنتقى ٢:٢٦٢، البناية ٧:٤٣٣، الهداية والعناية وحاشية نتائج الافكار ٨:٢٠٣، تبيين الحقائق ٤:٣٠٤، لسان الحكام:١٤، الهندية ٤:٢٦٠.

- ودليل ذلك ما روى عن عثمان رضي الله عنه انه ادعي عليه اربعون درهما، فاعطى شيئا وافتدى يمينه، ولم يحلف، فقيل الا تحلف وانت صادق؟ فقال: أخاف أن يوافق قدر يميني، فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبه.

ذكره البيهقي في المعرفة عن الشافعي بلاغاً (نصب ا لراية ٤/١٠٣) وهو عنده مختصر.

انظر: (المراجع السابقة).

(٢) الجامع الصغير:٣٨٩.

(٣) (على) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: عن.

(٤) انظر: الهداية وحاشية نتائج الافكار ٨:٢٠٤، مجمع الانهر ٢:٢٦٢.

- وفيها: ان المدعي قد اسقط حقه في يمين المدعى عليه بالصلح أو الافتداء، فلا يجوز له ان يستحلفه ابدا.

(٥) (جاز) في أ، وفي: ب، ج، د، هـ: (جاز ايضا).

(٦) (ايضا) في أ، وساقطة من : ب، ج، د، هـ.

(٧) (اشترطا) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: اشترط.

(٨) (يؤدها) في: أ، د، هـ، وفي ب: يردها، وفي ج: يؤها.

(٩) انظر: الفتاوى الخانية ٢:٣٧١، جامع الفصولين ١:١٤٣.

فصل

النكول نوعان: حقيقة وحكما (١).

اما حقيقة: ان يقول المدعى عليه لا احلف. فالقاضي يقول له (اني) (٢) اعرض عليك اليمين ثلاث مرات، (فان) (٣) حلفت وإلا قضيت عليك بالمال. فيقول في كل مرة احلف وإلا قضيت (عليك بالمال) (٤) وإنما قدره بثلاث مرات ليكون اجلى للعمى وابلغ في إبلاغ (العذر) (٥)، فان قضى القاضي بنكوله في المرة الأولى نفذ قضاؤه لأن نكوله (متعين) (٦) للتورع عن اليمين الكاذبة، فقد وجد دليل القضاء، ولكن الامهال وترك الاستعجال اولى. (٧).

---

(١)انظر: تبين الحقائق ٤:٢٩٥، جامع الفصولين ١:١٤٣، الهندية ٤:١٥.

- يأتي الكلام على تفصيل النوعين في كلام المصنف لاحقا ان شاء الله.

(٢)(اني) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٣) (فان) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فلو.

(٤) (عليك بالمال) في: أ، ج، د، هـ، وساقطة من ب.

- انظر: الهداية وحاشية نتائج الافكار ٨:١٧٩، تبين الحقائق ٤:٢٩٦، البدائع ٦:٢٣٠، شرح أدب القاضي للجصاص:٢١١، شرح ادب القاضي لابن مازة ٢:٢٦٤، مجمع الانهر ٢:٢٥٤.

وفيها:- ان قول القاضي للمدعى عليه: احلف وإلا قضيت عليك بالمال لافادة معنى انذار الخصم بالحكم عليه، حيث ان الحكم بالنكول هو في موضع الخفاء لكونه من المجتهرات، فان للشافعي - رحمه الله - خلافا فيه، فيجوز أن يلتبس عليه ما يلزمه بالنكول، فوجب أن يعرفه حتى يحلف أو ينكل، أو لأن المدعى عليه لحقته حشمة القضاة ومهابة المجلس في المرة الأولى.

(٥))(العذر) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: العدد.

(٦) (متعين) في ب، ج، وفي أ: متورع متعين، وفي د، هـ: معتبر.

(٧) انظر: الهداية وحاشية نتائج الافكار ٨/ ١٨٠، الهندية ٤:١٤، تبيين الحقائق ٤:٢٩٦، الاختيار ٢:١١، الخانية ٢:٣٤٦، جامع الفصولين ١:١٤٣، لسان الحكام:١٤.

- وفيها: ان نفاذ القضاء بعد النكول الاول، هو الصحيح في المذهب، لأن دليل القضاء قد وجد لان النكول اقرار كما هو مذهب الصاحبين، أو بذل كما هو عند الامام رحمه الله، وعلى كلا المعنيين لا يجب التكرار.

فان قـال في المرة الأولى: لا احلف (ثم قال في المرة الثانيـة: احلف، ثم قال في المرة الثالثة: لا أحلف قضي عليه بالنكول لان (بقوله) (٢) في المرة الثانية احلف لم يصر موفيا حقه (٣) في اليمين، بخلاف اذا ما استمهل المدعي عليه من المدعي ثلاثة ايام بعدما قال في المرة الاولى: لا احلف) (١)، ثم جاء بعد مضي (المهلة) (٤) (وأبى) (٥) اليمين، فالقاضي يستقبل عليه عرض اليمين ثلاث مرات، لان عرض اليمين انما يبقى معتبرا (اذا بقى الاستحلاف) (٦) حقا مستحقا للمدعي (ففي الاول بقي حـقا مستحقا للمدعي فبقي عرض اليمين معـتبراً، وفي الثاني لم يبقى حقا مسـتحقا)(٧) للمدعي في المهلة فـلا يبقى عرض اليمين معتبرا (٨).

---

(١) (ثم قال. . . . . لا احلف) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(٢) (بقوله) في:أ، ب،ج، وفي د،هـ: قوله.
(٣) اي حق خصمه وهو المدعي في اليمين. (انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٢: ٢٦٥).
(٤) (المهلة) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: المدة المهلة.
(٥) (وأبى) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: وآلى.
(٦) (إذا بقي الاستحلاف) في: أ، ب، د، هـ، وساقطةش من ج.
(٧) (ففي . . . مستحقاً) في :أ،ب،د،ه، وساقطة من ج
(٨) انظر: شرح ادب القـاضي لابن مازة ٢: ٢٦٥، شرح ادب القـاضي للجصاص، ٢١١، الخـانية ٢: ٤٣٦، الهندية ٤: ١٤، ١٥.

فرع:

ولو قال المدعى عليه بعدما نكل عن اليمين ثلاث مرات: انا احلف يحلفه قبل القضاء بالنكول، وبعده لا يحلفه (لان) (١) قبل القضاء اثره في ابطال كلام المدعي فاعتبر، وبعد القضاء اثره في ابطال القضاء فلم (يعتبر) (٢)، وصار كرجوع الشهود (وهو) (٣) قبل القضاء معتبر (وبعده) (٤) لا، إلا في حق الضمان لما فيه من ابطال القضاء(٥).

(١) (لان) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لا.

(٢) (يعتبر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يعتبره.

- انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٢:٢٥٩، ٢٦٩، شرح ادب القاضي للجصاص: ٢١٥، جامع الفصولين ١:١٤٣، الهندية ٤:١٤، لسان الحكام: ١٤.

- وقد استدل الحنفية بالاضافة الى ما ذكره المصنف، بما روى عن شريح «ان رجلا نكل عن اليمين عنده، فقضى عليه بالنكول فقال الرجل: اذن احلف، قال: قد مضى قضائي».

اخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٦/٥٠٣ رقم ١٨٣٨) ومن طريقه ابن حزم في المحلى (٩/٣٧٣) وفي إسناده شريك بن عبد الله النخعي القاضي، سيء الحفظ مدلس وقد عنعن، وبقية رجاله ثقات، على أن المغيرة بن مقسم مدلس ايضا وقد عنعن.

ولفظة عندهما: أنا أحلف، وكذلك في نصب الراية (٤/١٠١).

(٣) (وهو) في: أ، وفي ب، ج، وفي د، هـ: أو بعده.

(٤) (وبعده) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: أو بعده.

(٥) انظر: المراجع السابقة.

- وبيان: اعتبار الرجوع عن الشهادة قبل الحكم لا بعده هو أن القاضي لا يقضي بهذه الشهادة لأن الشهادة سقطت عن الاعتبار وذلك لأن الشاهد صار متناقضاً، والقاضي لا يقضي بالمتناقض. وأما عن عدم اعتبار الرجوع عن الشهادة بعد الحكم فهو أن الرجوع بعد الحكم ليس له اثر في ذات الحكم وإنما أثره متعلق في حق الضمان، وذلك لأن آخار كلام الشهود وهو الرجوع يناقض اوله وهو ذات الشهادة، والحكم لا يقضي بالمتناقض، ولأن احتمال الصدق في الرجوع كاحتماله في ذات الشهادة وكلامهم الأول ترجح باتصال القضاء به، فكان اعتباره اولى من الرجوع لعدم ترجحة باتصال القضاء، وأما الضمان فلأنهم برجوعهم اتلفوا مال المشهود عليه، والاتلاف سبب للضمان، والتسبب في الاتلاف بمنزلة المباشرة في حق وجوب الضمان.

انظر: (الهداية وشرح فتح القدير ٧:٤٧٨ وما بعدها، المبسوط ١٦:١٨٩، الاختيار ٢:١٥٣، مجمع الانهر ٢:٢١٦، البدائع ٦:٢٨٣، تبيين الحقائق وحاشية الشلبي ٤:٢٤٤).

وأما النكول حكما: وهو أن يعرض القاضي اليمين عليه ثلاث مرات، وسكت في كل مرة ولم(يجبه) (١) يجعله ناكلا (حكما) (٢) لأنه امتنع (عن) (٣) اليمين المستحقة عليه(٤). ألا يرى أنه لو سكت عن جواب يجعله مجيبا له كذا هذا، وهذا ان لم تكن بلسانه آفة، (فان (كان)(٥) في لسانه) (٦) آفة تمنعه عن الجواب، أو باذنه آفة (تمنعه) (٧) (عن) (٨) السماع لا يجعل امتناعه عن اليمين نكولا حكما (لانه ما لم يسمع ويقدر على الجوب لا يصير ظالما فلا يجعل نكولا حكما) (٩).

---

(١) (يجبه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يجب.
- اي يجب القاضي
(٢) (حكما) في ج. وساقطة من: أ، ب، د، هـ.
(٣) (عن) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: من.
(٤) اي امتنع عن اليمين الواجبة عليه بقوله صلى الله عليه وسلم (واليمين على من انكر).
- سبق تخريجه - انظر: (حشاية نتائج الافكار٨:١٧٦).
- وجعل المدعى عليه ناكلا في هذه الصورة لأنه سمع عرض اليمين وهو قادر على جواب الخصم، بل أنه قد أجاب بالانكار.
انظر:(شرح ادب القاضي لابن مازة ٢:٢٦٧).
(٥) (كان) في أ، ب، ج، وفي د، هـ: كانت.
(٦) (فان ... لسانه) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(٧) (تمنعه) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(٨) (عن) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: من.
(٩) (لانه ... حكما) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
- انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٢:٢٦٧، الهداية وحاشية نتائج الافكار ٨:١٨٠، الهندية ٤:١٥، جامع الفصولين: ١: ١٤٣ الاختيار ٢:١١١، شرح ادب القاضي للجصاص: ٢١٣، ٢١٤.

مسألة :

ولو سأله القاضي عن دعواه، فسكت ولم يجبه فالقاضي يأمر المدعي أن يأخذ منه كفيلا (يسأل) (١) عن حاله، هل به آفة (تمنعه) (٢) من السمع والكلام، (فان) (٣) ظهر أنه لا آفة به، (واعاده) (٤) الى مجلس القاضي فادعى وهو ساكت فالقاضي (يعرض) (٥) عليه اليمين ثلاثا، ويقضي (عليه) (٦) بالنكول (٧) والله اعلم.

---

(١) (يسأل) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: يسأله.

(٢) (تمنعه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لا تمنعه.

(٣) (فان) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: فإذا.

(٤) (واعاده) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: وادعاه.

(٥) (يعرض) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٦) (عليه) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٧) انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٢: ٢٦٧، شرح ادب القاضي للجصاص ٢١٣، حاشية نتائج الافكار ٨: ١٨٠، الهندية ٤: ١٥.

فصل

فيمن نكل عن حضور مجلس (الحاكم) (١)

قال "الماوردي" (٢) في تفسير قوله تعالى «وإذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم إذا فريق منهم معرضون» (٣): (في الاية) (٤) دليل على (أنه) (٥) من دعي إلى حاكم فعليه الاجابة ويجرح ان تأخر(٦).

وروي عن "الحسن" (٧) أن النبي عليه الصلاة والسلام (قال) (٨): «من دعي الى حاكم من حكام المسلمين فلم يجبه فهو ظالم لا حق له» (٩). انتهى.

---

(١) (الحاكم) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: القاضي.

(٢) هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، والماوردي نسبة إلى بيع ماء الورد وهو عمله. أقضى القضاة ولد سنة ٣٦٤هـ وتوفي سنة ٤٥٠هـ.

من تصانيفه: الإقناع، البيوع، الأحكام السلطانية، اعلام النبوة، قوانين الوزارة، تسهيل النظر، نصيحة الملوك، الامثال والحكم، ادب الدنيا والدين، الحاوي الكبير، كتاب تفسير القرآن «النكت والعيون» كتاب في النحو.

(انظر: وفيات الأعيان: ٣: ٢٨٤، دراسة د. حسن الساعاتي علي تسهيل النظر: ١٣، تاريخ بغداد: ١٢: ١٠٢ المنتظم لابن الجوزي :٨: ١٩٩).

(٣) سورة النور/آية ٤٨.

(٤) (في الآية) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٥) (أنه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: أن.

(٦) بحثت في كتب الماوردي المطبوعة فلم أجده، ومظنتة كتابه في تفسير القرآن المسمى (النكت والعيون)، ولا يزال مخطوطاً.

(راجع: دراسة د. محي هلال السرحان على أدب القاضي للماوردي: ١: ٤٤).

(٧) وهو الحسن البصري.

(٨) (قال): في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: أنه قال.

(٩) اخرجه ابو داوود في المراسيل (١٧٤ رقم ٣٥١) بلفظ من دعي الى حاكم من الحكام فلم يجب فهو ظالم، واخرجه ايضا الطبراني في الكبير موصولا عن الحسن عن سمرة (٧/ ٢٢٥ رقم ٦٩٣٩) وابن ابي حاتم في العلل (١/ ٤٦٨ رقم ١٤٠٧) بلفظ: من دعي إلى سلطان فلم يجب فهو ظالم لا حق له، واسناده ضعيف، وقال ابو حاتم هذا حديث منكر.

- و اخرجه البزار (كشف الأستار ١٢٨/٢- ١٢٩ رقم ١٣٦٢) عن عمران بن حصين بلفظ من دعي إلى حاكم من حكام المسلمين فلم يأته فهو ظالم وقال: لا حق له» واسناده ضعيف والحسن البصري لم يسمع من عمران بن حصين، وقد أخرجه الطبراني في الكبير بنفس الإسناد (٧/ ٢٢٥ رقم ٦٩٣٩، ولكن قال: عن الحسن عن سمرة، والحسن مدلس، وقد عنعن، وفي حديثه عن سمرة مقال: واشار البزار إلى أنه روي عن الحسن مرسلاً ومرسل الحسن أخرجه البيهقي (١٠/ ١٤٠) من طريق أبي داوود ورجاله رجال الصحيح غير أن مراسيل الحسن ضعيفة وقد تقدم واخرجه البزار (كشف الاستار ١٢٩/٢ رقم ١٣٦٣) والطبراني في الكبير (٧/ ٢٦٤ رقم ٧٠٧٨) عن سمرة بإسناد آخر ضعيف ايضاً.

وأخرجه الطبراني في الأوسط عن معاوية وأبي موسي الأشعري (مجمع الزوائد ١٩٧/٤ - ١٩٨) وفي إسناده خالد بن نافع الأشعري وهو ضعيف. وقد أشار ابن عدي في الكامل إلى هذا الحديث (٨٩٨/٣).

قال بعضهم (١): من (ادعى) (٢) (على) (٣) غيره دعوى فدعاه إلى القاضي فامتنع ختم له خاتما من طين فان لم يأت بعث معه بعض اعوانه ليدعوه اليه، فان امتنع وتوارى في منزله، سأل الخصم عن دعواه، فان ادعى شيئا معلوما يجوز له حينئذ نصب الوكيل عمن اختفى في بيته بعدما نادى امين القاضي على داره.

انظر: "فصول الاستروشني" و"المحيط" و"الخلاصة" (٤).

---

(١) هذا القول منسوب إلى الشعباني من المالكية فيما نقله عنه ابن عات في كتابه الطرر. انظر: (تبصرة الحكام لابن فرحون ١ : ٣٠٢).

(٢) (ادعى) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: دعى.

(٣) (على) في ج، د، هـ، وفي أ، ب: إلى.

(٤) انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٢ :٣٢٨ وما بعدها، الهندية ٣ :٣٣٦.

- وتفصيل المسألة: أن يقوم القاضي بارسال من يحضر المدعى عليه فان لم يجده، وقال المدعي بأنه توارى عنه وسأل التسمير والختم على باب داره، فالقاضي يكلفه اقامة البينة على أنه في منزلة فإن اقامها قبل القاضي ذلك ويأمر بالتسمير والختم فيجعل بيت المدعى عليه سجنا عليه، فإن جاء المدعي بعد ختم الباب ومضى ايام وقال أن المدعى عليه جلس في الدار ولا يحضر فانصب لي وكيلا عنه اقيم عليه البينة، فان ابا يوسف رحمه الله كان يقول: يبعث القاضي رسولا ينادي على باب الخصم ومعه شاهدان فينادي الرسول على باب الخصم ثلاثة ايام يا فلان ان القاضي يقول احضر مع خصمك فلان مجلس الحكم وإلا نصبت عنك وكيلا، وقبلت البينة عليك بحضرة وكيلك، فإذا فعل ذلك، ولم يحضر، نصب القاضي عنه وكيلاً، وسمع البينة عليه، وامضى الحكم عليه بحضرة وكيلة.

انظر: (المراجع السابقة).

قال في "الايضاح": المشتري بخيار اراد الرد فاختفى البائع، فطلب المشتري من القاضي أن ينصب خصما عن البائع ليرده عليه.

قيل: ينصب نظرا للمشتري. وقيل (١): لا، لأنه لما (اشترى) (٢) ولم يأخذ منه كفيلا (٣) مع احتمال غيبته فقد ترك النظر لنفسه، فلا ينظر له وإذا لم ينصب وطلب المشتري من القاضي الإعذار(٤) فعن "محمد" رحمه الله فيه روايتان: يعذر في رواية فيبعث مناديا على باب البائع ان القاضي يقول: ان (خصمك) (٥) فلانا يريد الردْ عليك، فإن حضرت وإلا نقضت البيع، فلا ينقضه القاضي بلا اعذار. (٦)

وفي رواية: لا يعذر القاضي ايضا. (٧)

---

(١) هذا القول منسوب إلى محمد بن سلمة.
انظر: (شرح فتح القدير ٦: ٣١٦، الهندية ٣: ٤٥، الخانية ٢: ١٨٣، ١٨٤، حاشية رد المحتار ٥: ٢٩٦).
(٢) (اشترى) في أ، وفي: ب، ج، د، هـ: شرى.
(٣) الكفيل هنا بمعنى الوكيل عن البائع، فكتب الحنفية تذكر وكيلا بدل كفيل.
انظر: (المراجع السابقة).
(٤) (الاعذار): هو اعلان للبائع أو اعلام له بطلب المشتري للرد.
انظر: (المراجع السابقة)
(٥) (خصمك) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: خصمان.
(٦) انظر: المراجع السابقة.
- وطريقة نقض القاضي على هذه الرواية أنه إذا قال الخصم أني اعذرت اليه اشهدت فتوارى فيقول القاضي: اشهدوا أنه زعم انه اعذر إلى صاحبه في المدة كل يوم واختفى، فإن كان الامر كما زعم فقدابطلت عليه الخيار، فإن ظهر وانكر فعلى المدعي البينة بالخيار والاعذار، وهذا لانه لا يمكن من اقامة البينة على ذلك قبل ظهوره لأنه لا يحكم على غائب، ولا تسمع حال غيبته للحكم بها عليه.
انظر: (شرح فتح القدير ٦: ٣١٦).
(٧) انظر: المراجع السابقة.
- وفيها: انه قيل لمحمد - رحمه الله - كيف يصنع المشتري ؟ قال: ينبغي للمشتري ان يستوثق فيأخذ منه وكيلا ثقة إذا خاف الغيبة، حتى إذا غاب برده على الوكيل.

مسألة :

قال في "الذخيرة" : كفل بنفسه على أنه لو لم (يوافه) (١) (به) (٢) غدا فدينه على الكفيل، فغاب الطالب في الغد (ولم) (٣) يجده الكفيل، حتى مضى الغد، ولو رفع الكفيل الامر الى القاضي فنصب (وكيلا) (٤) عن الطالب وسلم اليه المكفول عنه (يبرأ)(٥) وهو خلاف ظاهر الرواية (٦)،(انما) (٧) هو في بعض الروايات عن ابي يوسف - رحمه الله -

قال "ابو الليث" (٨) : لو فعل به قاض فاعلم ان الخصم تغيب لذلك فهو حسن(٩).

---

(١) (يوافه) في د، هـ، وفي أ: يوافيه، وفي ب: يواف، وفي ج: يوافى.
- اي يوافى الكفيل الطالب بالمكفول به وهو المدين.
(٢) (به) في: ب، ج، وساقطة من أ، د، هـ.
(٣) (ولم) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: فلم.
(٤) (وكيلا) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: كفيلا وكيلا.
(٥) (يبرأ) في: أ، ب، وفي ج: يراه، وفي د، هـ: برئ.
(٦) وهو ان القاضي لا ينصب وكيلا عن الخصم الغائب، وان الكفيل لا يبرأ.
(انظر: المبسوط ١٩:١٨٦، الهندية ٣:٢٥٩، ٢٦٠، حاشية رد المحتار ٥:٢٩٦، الخانية ٢:٣٦٧).
(٧) (انما) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: وانما.
(٨) وهو نصر بن محمد بن احمد، أبو الليث السمرقندي، المشهور بإمام الهدى، فقيه، توفي سنة ٣٩٣هـ.
من تصانيفه: تفسير القرآن، النوازل، العيون الفتاوى، خزانة الفقه، بستان العارفين، شرح الجامع الصغير، تنبيه الغافلين، تأسيس النظر.
(الفوائد البهية: ٢٢٠، تاج التراجم: ٧٩).
(٩) انظر: حاشية رد المحتار ٥:٢٩٦، الخانية ٢:٥٥، ٥٦.

فصل

في بيان المواضع التي يجب فيها اجابة الحاكم

ذكر "الخصاف": قال "ابو يوسف" - رحمه الله -: ادعى على رجل دعوى، وأراد عليه عدوى (١) وهو (٢) في المصر، والقاضي لا يعلم أهو محق أم مبطل فإنه يعديه عليه ويبعث من يحضره استحسانا، والقياس أن لا يعديه (بمجرد) (٣) الدعوى لأن الدعوى خبر محتمل، والمحتمل لا يكون حجة فلا (تثبت) (٤) (به) (٥) ولاية الإعداء (ووجه) (٦) الاستحسان أن ترك القياس بالاثار المشهور جائز وقد جاءت الاثار عن الصحابة والتابعين رضي الله عنهم انهم فعلوا ذلك من غير نكير. (٧)

وقال صلى الله عليه وسلم: «إن الله لا يجمع أمتي على الضلالة»(٨)

---

(١) العدوى: هي طلبك إلى وال ليعديك على من ظلمك أي المعونة.
انظر: (مختار الصحاح ١٧٦).

(٢) (وهو) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فهو.

(٣) (بمجرد) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: لمجرد.

(٤) (تثبت) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: يثبت.

(٥) (به) في: ج، د، هـ، وساقطة من أ، ب.

(٦) (ووجه) في ج: وفي: أ، ب، د، هـ: وجه.

(٧) انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٢:٣٠٣ وما بعدها، شرح ادب القاضي للجصاص، ٢٣٦، الهندية ٣:٣٣٥، وما بعدها، الخانية ٢:٣٦٦.

- من الاثار المروية عن الصحابة رضي الله عنهم في جواز الاعداء بمجرد الدعوى ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه انه بلغه ان امرأة مغيبة يتحدث عندها، فارسل اليها، ليؤتى بها وكانت حاملا، فذعرها الخوف، واخذها الطلق في الطريق فاسقطت فبلغ ذلك عمر ابن الخطاب رضي الله عنه، فاستشار جلساءه في السقط، فقالوا: انت الوالي ارسلت في حق، وانت مؤدب، فلا نرى عليك شيئا، وعلي رضي الله عنه ساكت، فقال عمر: قل، فقال: اراك ضامنا، فقال عمر عزمت عليك الا تجلس حتى تقضي ذلك على قومك.

- اخرجه عبد الرزاق في المصنف (٩/٤٥٨ - ٤٥٩ رقم ١٨٠١٠) والبيهقي في سننه (٦/ ١٢٣) وفي إسناد عبد الرزاق مطر بن طهمان الوارق كثير الخطأ، لكنه توبع، ورجال البيهقي ثقات رجال مسلم، ولكنه منقطع، لأن الحسن البصري لم يدرك عمر بن الخطاب، واخرجه البيهقي ايضاً عن الشافعي بلاغاً، قال: وقيل بعث عمر....؟ فذكره.

لفظ عبد الرزاق: فامر علياً آن يقسم عقله على قريش؟ ولفظ البيهقي: فاقسمها على قومك؟ ولفظ الشافعي حتى تضربها على قومك؟.

....

---

(٨) اخرجه الترمذي (٤/٤٦٦ رقم ٢١٦٧/ الفتن/لزوم الجماعة) وابن أبي عاصم في السنة (١/٣٩ رقم ٨٠) والطبراني في الكبير (١٢/٤٤٧ رقم ١٣٦٢٣ و ١٣٦٢٤) والحاكم في المستدرك(١/ ١١٥) وأبو نعيم في الحلية (٣/٧٣) عن ابن عمر، وإسناده مضطرب.

واخرجه احمد (٦/٣٩٦) والطبراني في الكبير(٢/ ٢٨٠ رقم ٢١٧١) عن أبي بصرة الغفاري وفيه راو مجهول.

واخرجه ابو داود (عون المعبود ١١: ٣٢٥- ٣٢٥ رقم ٤٢٣٣/ الفتن ذكر الفتن ودلائلها) وابن ابي عاصم (١/ ٤٤ رقم ٩٢) والطبراني في الكبير (٣/ ٢٩٢ رقم ٣٤٤٠) عن ابي مالك الاشعري باسناد ضعيف.

واخرجه ايضا ابن ابي عاصم (١/ ٤١ رقم ٨٢) باسناد آخر ضعيف عن الحسن عن كعب بن عاصم الاشعري واخرجه الطبري في تفسيره عن الحسن مرسلا (٥/ج٧ ٢٢٤).

واخرجه ابن ماجة (٢/ ١٣٠٣ رقم ٣٩٥٠/ الفتن/ السواد الاعظم) وابن ابي عاصم (١/ ٤١ رقم ٨٤) عن انس باسناد ضعيف.

واخرجه ايضا ابن ابي عاصم باسناد آخر عنه (١/ ٤١ رقم ٨٣) وهو ضعيف كذلك.

واخرجه الحاكم ايضا (١/ ١١٦ - ١١٧) باسناد واه جداً.

واخرجه الحاكم عن ابن عباس (١/ ١١٦) ورجاله ثقات غير إبراهيم بن ميمون الصفاني أو العدني. وقد وثقه ابن معين وابن حبان ولكن رواه البخاري في التاريخ الكبير (١/ ٣٢٥ ف ١ ج ١) بلفظ آخر وليس فيه هذه الجملة، وقد اضطرب فيه عبد الرزاق فرواه مرة اخرى، فقال عن معمر عن ابن طاووس، قال البخاري: وهو وهم والمحفوظ عن ابن إبراهيم ١هـ.

واخرجه ابن ابي عاصم (١/ ٤١ - ٤٢ رقم ٨٥) عن ابي مسعود الانصاري البوري موقوفا ورجاله رجال مسلم غير ان ابا خالد الاحمر سيء الحفظ، والاعمش مدلس وقد عنعن، ولكن اخرجه الطبراني في الكبير بثلاثة اسانيد اخرى عن ابي مسعود (١٧٠/٢٣٩ - ٢٤٠ رقم ٦٦٥ - ٦٦٧) واخرجه الحاكم ايضا باسناد آخر (٤/ ٤٠٦ - ٥٠٧).

وروي (ان رجلا) (١) من أراش (٢) قدم مكة بإبل، فباعها من ابي جهل بن هشام فمطله (٣)، فقام في المسجد، فقال: يا معشر قريش، اني رجل غريب ابن (٤) سبيل، (واني بعت) (٥) ابلا من ابي جهل (بن هشام) (٦) فمطلني. وظلمني، فمن رجل يعديني عليه. ويأخذ لي بحقي؟ ورسول الله صلى الله عليه وسلم في المسجد جالس. فقالوا: ذلك الرجل يعديك عليه فانطلق اليه (فذكر) (٧) له ذلك، فقام (معه) (٨) (وبعثت قريش) (٩) في اثرهما (رجلا) (١٠)، وانما فعلوا ذلك استهزاء، (لما) (١١) قد علموا بين رسول الله صلى الله عليه وسلم، وبين ابي جهل لعنه الله من العداوة (فأتى الباب) (١٢) فضربه.

---

(١) (ان رجلا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: عن رجل.
(٢) اراش اسم قبيلة.
(٣) والمطل، أو المماطلة هو التسويف في الدين.
(انظر: القاموس المحيط ٤: ٥١)
(٤) (ابن) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: وابن.
(٥) (واني بعت) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: وبعت.
(٦) (بن هشام) في ب، وساقطة من: أ، ج، د، هـ.
(٧) (فذكر) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: وذكر.
(٨) (معه) في: أ، د، هـ، وساقطة من ب، ج.
(٩) (وبعثت قريش) في: د، هـ، وفي أ، ب: وبعث قريش، وفي ج: وبعث الى قريش.
(١٠) (رجلا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: رجل خطأ نحوي.
(١١) (لما) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: بما.
(١٢) (فأتى الباب) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

فقيل: من هذا؟

فقال: محمد.

فخرج ابو جهل، وما في وجهه رائحة من (الذعر) (١) (اي) (٢) الخوف.

فقال: اعط هذا حقه

فقال: نعم

(فدخل) (٣) (فاخرج) (٤) حقه فاعطاه اياه فجاء (الرسول) (٥) فاخبرهم، وجاء الرجل فوقف عليهم فقال: (جزاه) (٦) الله خيرا، اخذ لي (بحقي) (٧)، فلم يتفرقوا إلى أن جاء أبو جهل عليه اللعنة، فقالوا: ويلك ما صنعت ؟

فقال: والله ما هو إلا أن ضرب على الباب. فقال: محمد، فذهب فؤادي، فخرجت (فان) (٨) معه (لفحلا) (٩) ما رأيت مثل (هامته) (١٠) وانيابه لفحل قط. ان كاد لاكلني لو امتنعت، فوالله ما ملكت (ان) (١١) (اعطيته) (١٢) حقه(١٣).

---

(١) (الذعر) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: الرعب.

(٢) (اي) في: أ، ج، د، هـ. وساقطة من ب.

(٣) (فدخل) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٤) (فاخرج) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: واخرج.

(٥) (الرسول) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: الرجل.

(٦) (جزاه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: خيرا.

(٧) (بحقي) في: ب، وفي أ، ج، د،هـ: حقي.

(٨) (فان) في : أ، ،ب ج، وفي د، هـ: فإذا.

(٩) (لفحلا) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: فحل.

(١٠) (هامته) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: بامته.

(١١) (ان) في: أ، ب، ج، وفي: د، هـ: حتى.

(١٢) (اعطيته) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: اعطيت.

(١٣) اخرجه ابن اسحاق في المغازي (١٦٧ -١٧٧ رقم ٢٤٣) وعنه ابن هشام في السيرة (٢/ ٢٩ - ٣٠) ومن طريق ابن اسحاق اخرجه البيهقي في دلائل النبوة (٢/ ١٩٢ - ١٩٤) وفي اسناده عبد الملك بن عبد الله بن ابي سفيان الثقفي وهو مجهول وخبره معضل.

ففي الحديث بيان جواز الاعداء بمجرد الدعوى، ألا يرى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قام بنفسه بمجرد الدعوى. إلا أن اليوم القاضي لا يقوم بنفسه لكثرة الخصوم (أو لما) (١) فيه من الاستخفاف به (٢). فاما أو كان الخصم خارج المصر.

قالوا: إن كان قريبا من المصر، بأن كان بحيث لو ابتكر من اهله أمكنه أن يحضر مجلس القاضي وبحيث (يبيت) (٣) في منزله (يعديه) (٤) وان كان بعيدا من المصر بحيث لا يمكنه أن يعود (من) (٥) المصر ويبيت في منزله لا يعديه، ثم كيف يصنع القاضي ؟

اختلف المشايخ فيه.

قيل: يأمر المدعي باقامة البينة (٦) ان له عليه حقا، ولا تكون هذه البينة لاجل القضاء، بل لاجل الاحضار كما في كتاب القاضي (الى القاضي) (٧) فإذا اقام البينة امر انسانا أن يحضر خصمه، فإذا احضره امر المدعي باقامة البينة، فإذا أعاد البينة (العادلة)(٨) قضى بها عليه (٩).

---

(١) (او لما) في : أ، ب، ج، وفي: د، هـ: ولما.

(٢) انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٢:٣١٠، الهندية: ٣٣٥، الخانية ٢:٢٦٦.

(٣) (يبيت) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يبيته.

(٤) (يعديه) في: ج، د، هـ، وفي أ، ب: يعيديه.

- اي يعديه بمجردالدعوى، كما لو كان في المصر، وهذا على سبيل الاستحسان.

انظر: (شرح ادب القاضي لابن مازة ٢:٣٠٤، الهندية ٣:٣٣٥، الخانية ٢:٢٦٦).

(٥) (من) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: في.

(٦) وشهادة المستور في هذا الامر تكفي.

انظر: (شرح ادب القاضي لابن مازة ٢:٣٠٧، الهندية ٣:٣٣٦، الخانية ٢:٣٦٦).

(٧) (الى القاضي) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

- ففي كتاب القاضي الى القاضي، يقيم المدعي البينة عند القاضي الكاتب ليكتب له كتابا لا ليقضي بها.

(٨) (العادلة) في: أ،ب، ج، وفي د، هـ: لعادلة.

(٩) انظر: المراجع السابقة.

وقيل: (يحلفه) (١) القاضي، فإن نكل اقامه من مجلسه، وإن حلف امر انسانا أن يحضر خصمه، والاول اصح وعليه اكثر القضاة (٢).

وذكر "الخصاف": ان القاضي يدفع خاتمه لاحضار الخصم، إذا كان في المصر، ويبعث من يحضره إن كان خارج المصر (٣)، والقضاة على عكس هذا فإنهم يبعثون (الرجل) (٤) في المصر، ويدفعون العلامة خارج المصر (٥)، وبعض القضاة يختارون في العلامة دفع الخاتم، وبعضهم دفع الطينة وبعضهم دفع قطعة قرطاس. وهذا لأن الخصم ربما يكون بعيداً (عن) (٦) المصر، والمدعي (تلحقه) (٧) مؤونة (٨) (الراحل) (٩) ويريد أن يتحمل تلك المؤونة بنفسه فلا يلزمه شيء. (فقلنا) (١٠): بأن القاضي يبذل له علامة ليذهب به فيريه خصمه ويشهد على ذلك، فإن اجاب الخصم وحضر مجلس (الحاكم)(١١) وإلا بعث القاضي إليه من يحضره، ومؤنة الشخص (تقدمت) (١٢).

---

(١) (يحلفه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يحلف.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

- وفيها: انه قيل ايضا: يستكشف القاضي حال المدعي، فيقول: هل لك معه خلطة، أو اخذ وإعطاء، أو شركة، أو مضاربة، أو مبايعة ؟ فان فسر ذلك امر انسانا أن يحضر خصمه، وإلا فلا.

(٣) انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٢:٣٣٢، الهندية ٣:٣٣٧، الخانية ٢: ٣٦٥، ٣٦٦.

(٤) (الرجل) في: ب، ج، وفي أ، د، هـ: الراجل.

(٥) المراجع السابقة.

(٦) (عن) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: من.

(٧) (تلحقه) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: يلحقه.

(٨) اي: تكاليفه.

(٩) (الراحل) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: الراجل.

(١٠) (فقلنا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فقلت.

(١١) (الحاكم) في: أ، ب، ج، وفي د،هـ: الحكم.

(١٢) (تقدمت) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: فقد مر.

- انظر: المراجع السابقة وفيها الخلاف في المؤونة قبل ذلك هل هي في بيت المال أو على المتمرد والصحيح انها على المتمرد.

إذا تقرر ذلك. فمنها أن من (وعي) (١) من مسافة ما ذكرنا فما دونها (٢) وجبت عليه الاجابة لأنه لا (تتم) (٣) مصالح الاحكام، وإنصاف المظلومين من الظالمين إلا بذلك. وإن كان أبعد لا يجب الاجابة

ومنها: ان (يدعوه) (٤) الخصم إلى حق مختلف في ثبوته، وخصمه (يعتقد) (٥) ثبوته فتجب الاجابة، لأنها دعوى حق. وإن اعتقد عدم ثبوته لم تجب الاجابة لأنه مبطل، وإن دعاه الحاكم وجبت الاجابة له لأن المحل قابل للحكم والتصرف والاجتهاد.

ومنها: النفقات فيجب الحضور فيها عند الحاكم لتقديرها إن كانت (للاقارب)(٦) وإن كانت للزوجة (او للرقيق) (٧) فهو مخير بين إبانة الزوجة وعتق الرقيق، وبين الاجابة (٨).

---

(١) (دعى) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ادعى.

(٢) والمسافة المقررة سابقا هي أن المدعي لو ابتكر من اهله امكنه ان يحضر مجلس القاضي وبحيث يبيت في منزله، وفي تبصرة الحكام لابن فرحون (١: ٣٠٥)، ان المسافة هي مسافة القصر.

(٣) (تتم) في: أ، ب، ج، وفي د،هـ: يتم عليه.

(٤) (يدعوه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يدعوا.

(٥) (يعتقد) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: معتقد.

(٦) (للاقارب) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: الاقارب.

(٧) (او للرقيق) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: وللرقيق.

(٨) انظر: تبصرة الحكام (١: ٣٠٥) ،فالمسالة بتمامها منها، الفروق للقرافي ٤: ٧٨.

- لم ارى فيما اطلعت عليه من كتب الحنفية هذا التفصيل في وجوب اجابة دعوة الحاكم ولكن الحنفية يقررون انه من دعاه القاضي إلى مجلسه فلم يجب استحق التعزيز.

- وسيأتي هذا لاحقا في كلام المصنف - وعليه فإن ما نقله المصنف عن التبصرة يكون مقبولا عند الحنفية بناء على ما ذكرنا - والله تعالى اعلم.

فصل:

فإذا امتنع الخصم من الحضور(عزره) (١) لأنه أساء الادب فيما صنع فاستوجب التعزير، (فيعزره) (٢) القاضي اما بالضرب، أو (بالصفع) (٣)، أو بالحبس، على قدر ما يرى، أو يعبس (في) (٤) وجهه، (فيعزره) (٥) القاضي على (ما يراه) (٦) (تعزيرا) (٧) وتأديبا، وكذلك إذا سكت ولم يقل إني احضر أولا (احضر) (٨) إلا أنه لم يحضر في الوقت الذي وقت له، لأن السكوت في موضع الجواب يكون إمتناعا عما دعي اليه(٩).

---

(١) (عزره) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: غيرت.
(٢) (فيعزره) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فيقره.
(٣) (بالصفع) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: بالصفح.
(٤) (في) في: د، هـ، وساقطة من أ، ب، ج.
(٥) (فيعزره) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فيقره.
(٦) (ما يراه) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: ما يراه القاضي.
(٧) (تعزيرا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: تعذيبا.
(٨) (احضر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يحضر.
(٩) انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٢: ٣٢٥، الهندية ٣: ٣٣٨، الخانية ٢: ٣٦٥، ٣٦٦.
وفيها: - ان المدعى عليه إذا حضر إلى مجلس القاضي، فالقاضي يأمر المدعي باعادة البينة على تمرده، فإذا اعاد البينة عاقبه على ما صنع من التمرد، واساءة الادب، ولا يشترط التعديل في الشهادة على التمرد، بل يكفي في ذلك شهادة المستور.

فصل

في بيان ما لا تجب فيه الاجابة، وفيما هو مخير (فيه) (١) بين الاجابة وعدمها

فمنها: اذا دعاه ولم يكن له عليه حق لم تجب الاجابة، اوله عليه حق ولكن لا يتوقف على الحاكم فلا تجب الاجابة، فإن كان قادرا على ادائه لزمه اداؤه ولا (يذهب)(٢) اليه.

ومنها: متى علم الخصم إعسار خصمه، حرم عليه طلبه، ودعواه الى الحاكم.

ومنها: إذا دعاه خصمه وعلم انه يحكم عليه بجور لم تجب الاجابة، وتحرم الاجابة إذا كان الحكم في الدماء، والفروج، والحدود، وسائر العقوبات الشرعية.

ومنها: إذا كان الحق موقوفا على الحاكم كتأجيل العنين، فإن الزوج مخير بين الطلاق، فلا تجب الاجابة، وبين الاجابة، فليس له الامتناع منها.

ومنها: القسمة المتوقفة على الحاكم، فيتخير المطلوب بين تمليك حصته لغريمه، وبين الاجابة وليس (له) (٣) الامتناع منها. وقد تقدم ما في نفقة الزوجة والرقيق (٤).

تنبيه: متى طولب بحق يجب عليه اداؤه على الفور كرد المغصوب، فلا يحل له أن يقول لخصمه: لا أدفعه لك إلا بالحكم، لأن المطل ظلم، والوقوف على الحكام صعب من "القواعد" (٥) والله اعلم.

---

(١) (فيه) في د، هـ، وساقطة من أ، ب، ج.

(٢) (يذهب) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يلزم.

(٣) (له) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٤) تبصرة الحكام ١: ٣٠٥، نقلا عن الفروق للقرافي ٤: ٧٨.

(٥) اي من القواعد للقرافي في كتابه الفروق.

- انظر: تبصرة الحكام ١: ٣٠٥، نقلا عن الفروق، وانظر الفروق ٤: ٧٨.

الباب التاسع

في القضاء ببينة الخارج (١) على ذي اليد (٢)، إذا (اقاما) (٣) البينة وفي تاريخ الدعوى والشهادة

اعلم ان الرجلين اذا تداعيا عينا، وبرهنا (٤) ، فلا يخلو اما ان يدعيا ملكا مطلقا(٥)، أو ارثا (٦) او شراء (٧). وكل قسم ثلاثة اقسام.

لأنه إما أن يكون المدعى في يد ثالث، أو في(يدهما) (٨) او في يد احدهما. وكل وجه على أربعة أقسام.

لأنه إما ان (لا) (٩) يؤرخا. أو أرخا تاريخا واحداً، أو أرخا وتاريخ أحدهما أسبق، أو أرخ أحدهما لا الآخر. وجملة ذلك ستة وثلاثون فصلا (١٠).

---

(١) اي: من يدعي عينا في يد غيره، أو هو غير الحائز.

(٢) اي: الحائز للعين المتنازع عليها ويسمى الداخل.

(٣) (اقاما) في أ، ب، وفي ج: اقامها، وفي د، هـ: اقام.

(٤) اي : ان كلا من الخارج وذي اليد، اقام البينة على أن العين المتنازع عليه ملكه.
انظر: (الدر المختار ٥ :٥٧٠).

(٥) وذلك بان يدعي كل من الخارج والداخل أن العين ملكه دون ذكر سبب ذلك الملك.
(انظر: تكملة فتح القدير ٨:٢٦٣).

(٦) اي ان يدعي كل منهما ان سبب ملكه للعين الارث من مورثه. (انظر: البدائع ٦ :٢٣٣).

(٧) اي ان يدعي كل منهما أن سبب ملكه للعين هو الشراء من الغير أو الخصم. انظر: (المرجع السابق).

(٨) (يدهما) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: يديهما.

(٩) (لا) في: أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ.

(١٠) انظر: هذا التقسيم في جامع الفصولين (١ :٧٦ وما بعدها) فجل الباب فيه.

اما لو ادعيا ملكا مطلقا، والعين في يد ثالث، ولم يؤرخا، أو ارخا تاريخا واحدا، وبرهنا يقضي بينهما (١) لاستوائهما في الحجة (٢).

---

(١) اي نصفين.
(انظر: البدائع ٦:٢٣٧، تكملة فتح القدير ٨:٢٤٥).
(٢) انظر: البدائع ٦:٢٣٦، تكملة فتح القدير ٨:٢٤٥، تبيين الحقائق ٤:٣١٦، المبسوط:١٧:٤٢، رد المحتار ٥:٥٧١، اللباب ٤:٣٢، شرح ادب القاضي لابن مازة ٢:٢٢٦، جامع الفصولين ١:٧٦.
- وقد استدل الحنفية لقولهم هذا بعدة ادلة منها:-
أ) ما روي عن ابي موسى الاشعري أنه قال: «ان رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ناقة، واقام كل واحد منها البينة، فقضى بها بينهما نصفين».
أخرجه ابو داود (١٠/ ٤٠ -٤١ رقم ٣٥٩٨/ القضاء/ باب الرجلين يدعيان شيئاً ليس بينهما بينة) والحاكم في المستدرك (٤/ ٩٥) والبيهقي في السنن (١٠/ ٢٥٧) وقد اختلف في متنه فروي بلفظ: «ليس لواحد منهما بينة» اخرجه ابن ابي شيبه (٦/ ٣١٧ رقم ١٢٠٠) و(١٠/ ١٦٨ رقم ٩١٢٦) وأحمد (٤/ ٤٠٢) وأبو داود (١٠/ ٣٩ و ٤٠ رقم ٣٥٩٦و ٣٥٩٧) والنسائي (٨/ ٢٤٨/آداب القضاة/القضاء فيمن لم تكن له بينة) والحاكم (٤/ ٩٤ - ٩٥) وابن ماجة (٢/ ٧٨٠ رقم ٢٣٣٠/الأحكام/ الرجلان يدعيان السلعة وليس بينهما بينة) والبيهقي (١٠/ ٢٥٤ و ٢٥٥ و ٢٥٩) وقد اختلف فيه على قتادة، وقيل عن سعيد بن أبي بردة عن بردة عن أبي موسى، وقيل لم يسمعه أبو بردة من أبيه، وإنما سمعه عن سماك بن حرب.
وروي أيضاً موصولاً عن سماك عن تميم عن جابر بن سمرة أخرجه الطبراني في الكبير بإسنادين (٢/ ٢٠٤ رقم ١٨٣٤ و ١٨٣٥) في الأول ياسين الزيات وفي الثاني سويد بن عبد العزيز وحجاج بن أرطاة، والثلاثة ضعفاء.
وقال الدارقطني والبيهقي والخطيب: الصحيح أنه عن سماك مرسلاً. (التلخيص ٤/ ٢١٠)
وجاء من حديث أبي هريرة بنحو اللفظ الأول أخرجه ابن حبان (موارد الظمآن ٢٩١ رقم ١٢٠١) والبيهقي (١٠/ ٢٥٨) واختلف في إسناد أيضاً، فروى بنفس الاسناد عن أبي بردة عن أبي موسى وقيل عن أبي بردة مرسلاً.
وعليه فالحديث معول متناً واسناداً.
ب) ان البينة دليل من أدلة الشرع، والعمل بالدليلين واجب بالقدر الممكن، فإن امكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه، وإن لم يمكن العمل من كل وجه، يعمل بهما من وجه كما في سائر الأدلة الشرعية من ظواهر الكتاب والسنة المشهورة واخبار الاحاد، والاقيسة الشرعية إذا تعارضت وهنا إذا تعذر العم بالبينتين باظهار الملك في كل المحل أمكن العمل باظهار الملك في النصف فيقضى لكل واحد منهما بالنصف.
انظر: (المراجع السابقة)
- وقد رد الحنفية ما قد يعترض به عليهم من أن هنالك منافاة بين البينتين وهذا يوجب اليقين بكذب احداهما، لاستحالة اجتماع الملكين في كل العين في حالة واحدة بان المطلق أو المجوز للشهادة محتمل الوجود، فقد تشهد البينة الاولى على سبب الملك كالشراء مثلا، وتشهد البينة الثانية بالملك بناء على اليد فتصح الشهادتان، ولا يكون بينهما منافاة، ولا يتعين كذب احداهما، فيعمل بهما بالقدر الممكن.
انظر: (العناية وتكملة فتح القدير ٨:٢٤٦)
- ان الحكم المقرر في هذه المسألة هو في الاصل للصورة الاولى منها وهي ان يدعيا ملكا مطلقا وقد انسحب هذا الحكم على الصورة الثانية وهي انهما ارخا تاريخا واحداً، لأنه لم يثبت سبق احدهما بالملك، بحكم التعارض القائم، ثم بالاستواء بذكر التاريخ، فسقط اعتبار التاريخ والتحقق بالعدم، فبقيت المسالة دعوى الملك المطلق بلا تاريخ.
انظر: (البدائع ٦:٢٣٦).

وان ارخا وتاريخ احدهما اسبق، يقضى للاسبق، لأنه اثبت الملك لنفسه في زمان لا ينازعه فيه غيره، فيقضى بالملك له، ثم لا يقضى بعده (لغيره) (١) إلا إذا تلقى الملك منه، ومن ينازعه لم يتلق الملك منه، فلا يقضى له (به) (٢).

(١) (لغيره) في: أ،د، هـ، وفي ب: لا لغيره، وفي ج: ولغيره.

(٢) (به) في ب، وساقطة من أ، ج، د، هـ.

- انظر:

تبيين الحقائق ٤:٤١٩، المبسوط ١٧:٤٣، البدائع ٦:٢٣٦، الهداية والبناية ٧:٤٨٦، تحفة الفقهاء ٣:٢٩٧، جامع الفصولين ١:٧٦، مختصر الطحاوي:٣٥٢، الهندية ٤:٧٣، الخانية ٢:٣٨١، البزازية ٥:٣٧١.

- وتفصيل استدلال الحنفية للمسألة: ان بينة الخارج مسموعة بلا خلاف، والبينتان قامتا من الخارجين، فكانتا مسموعتين ثم ترجحت احداهما بالتاريخ، لأنها اثبتت الملك في وقت لا تعارضها فيه غيرها، فيؤمر صاحب اليد بالدفع اليه الى أن يقوم الدليل على أنه بأي طريق انتقل الملك اليه.

انظر: (البدائع ٦:٢٣٦، المبسوط ١٧:٤٣).

- وقد ذكر هذه المسألة غير واحد من كتب الحنفية وقال انها على قول ابي حنيفة رحمه الله، وقول ابي يوسف الآخر، وقول محمد الاول.

انظر: (الهندية ٤:٧٣، الخانية ٢:٣٨١، البزازية ٥:٣٧١، تبيين الحقائق ٥: ٣٧١،) وقد انكر الكساني الخلاف في المسألة واعتبر الحكم فيها بالاجماع حيث قال: «ولا يجيء خلاف محمد رحمه الله»

انظر: (البدائع ٦:٣٣٦).

ولو ارخ (احدهما) (١) لا الآخر، فعند "ابي حنيفة" رحمه الله لا عبرة (للتاريخ) (٢) ويقضى بينهما نصفين، لأن توقيت احدهما (لا يدل) (٣) على تقدم ملكه، لأنه يجوز أن يكون الاخر اقدم منه، ويحتمل أن يكون متأخرا عنه، فجعل مقارنا رعاية للاحتمالين (٤).

وعند "ابي يوسف" رحمه الله، للمؤرخ لانه اثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت يقينا ومن لم (يؤرخ) (٥) يثبت للحال يقينا، وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك فلا يعارضه (٦).

وعند "محمد": يقضى لمن اطلق لأن دعوى الملك المطلق، دعوى الملك من الاصل، ودعوى المؤرخ (يقتصر على وقت)(٧) التاريخ، (ولهذا) (٨) ترجع (الباعة) (٩) بعضهم على بعض وتستحق (الزوائد) (١٠) المتصلة (١١) ،أو المنفصلة (١٢) فكان المطلق اسبق تاريخا فكان اولى (١٣). هذا إذا كان المدعى في يد ثالث.

---

(١) (احدهما) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: احدهما إلا عند.

(٢) (للتاريخ) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: في التاريخ.

(٣) (لا يدل) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٤) انظر: المبسوط ١٧ :٤٢، تبيين الحقائق ٤ :٣١٩، البدائع ٦ :٣٣٦، تحفة الفقهاء ٣ :٢٩٧، البناية ٧ :٤٩٠، الهداية والعناية وتكلمة شرح فتح القدير ٨ :٢٦٥.

(٥) (يؤرخ) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: يؤرخه.

(٦) انظر: المراجع السابقة.

(٧) (يقتصر على وقت) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٨) (ولهذا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فلهذا.

(٩) (الباعة) في: ب، ج، د، هـ، وغير واضحة في أ.

(١٠) (الزوائد) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بالزوائد.

(١١) والزوائد المتصلة كالسمن في الحيوان.
انظر: (البناية ٧ :٤٩٠، العناية ٨ :٢٦٥)

(١٢) والزوائد المنفصلة كالاولاد والاكساب في الحيوان.
انظر: (المراجع السابقة).

(١٣) انظر: المبسوط ١٧ :٤٢، تبيين الحقائق ٤ :٣١٩، البدائع ٦ :٣٣٦، تحفة الفقهاء ٣ :٢٩٧، البناية ٧ :٤٩٠، الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٨ :٢٦٥.

فان كان في يدهما فكذلك الجواب (١). لأنه (لم يترجح) (٢) احدهما على الآخر باليد، ولم تنحط حاله عن حال الآخر باليد(٣).

وإن كان في يد (احدهما) (٤) فإن ارخا سواء، أو لم يؤرخا. فهو للخارج لان بينته اكثر اثباتا (٥).

وإن ارخا واحدهما اسبق (فهو لا سبقهما) (٦) لما مر (٧).

وعن "محمد" انه رجع عن هذا القول، وقال: لا تقبل بينة ذي اليد على الوقت، ولا على غيره، لأن البينتين قامتا على مطلق الملك ولم (يتعرضا) (٨) لجهة الملك، فاستوى التقدم والتأخر، فيقضى للخارج (٩).

ولهما (١٠): أن البينة مع التاريخ (تتضمن) (١١) معنى الدفع، فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت، فثبوته لغيره بعده لا يكون (الا) (١٢) بالتلقي منه

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء ٣:٢٩٨.

(٢) (لم يترجح) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لو لم يرجح.

(٣) انظر: جامع الفصولين ١:٧٦، تحفة الفقهاء ٣:٢٩٨، شرح ادب القاضي لابن مازة ٣:٢٣٦.

- وتفصيل الاستدلال للمسالة: ان كل واحد من نصفي العين المتنازع عليها اجتمع فيه بينة الخارج، وبينة ذي اليد والدعوى في ملك مطلق عن السبب والتاريخ، فتكون بينة الخارج اولى بالقبول، فيصير النصف الذي في يد كل واحد منهما مقضيا به لصاحبه.

(انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٣:٢٣٦).

(٤) (احدهما) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: حدهما.

(٥) انظر: جامع الفصولين ١:٧٦، تحفة الفقهاء ٣:٢٩٥، شرح ادب القاضي لابن مازة ٣:٢٤١، وما بعدها، شرح ادب القاضي للجصاص ٢٩٣، البدائع٦:٢٣٢.

- وقد استدل الحنفية لقولهم في هذه الصورة، بان البينة حجة المدعي لقوله صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي» - سبق تخريجه - وذو اليد ليس بمدع فلا تكون البينة حجته والدليل على انه ليس بمدع ما ذكر من تحديد المدعي انه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه، والموصوف بهذه الصفة هو الخارج لا ذو اليد، لأنه يخبر عما في يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت بينته بالعدم، فبقيت بينة الخارج بلا معارض، فجب العمل بها.

(انظر: البدائع ٦:٢٣٢).

(٦) (فهو لا سبقهما) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: فهؤلاء سبقهما تصحيف.

(٧) انظر: الهداية والعناية وتكملة شرح فتح القدير ٨:٢٦٢، البناية ٧:٤٨٨، تحفة الفقهاء ٣:٢٩٥، بدائع الصنائع ٦:٢٣٣، جامع الفصولين ١:٧٦، تبيين الحقائق ٤:٣٢٠.

- وهذا القول للامام ابي حنيفة، ولابي يوسف، ورواية عن محمد رحمهم الله جميعا.

انظر: (المراجع السابقة).

=

....

=

(٨) (يتعرضا) في: د، هـ، وفي أ: يتعارضا، وفي ب، ج: يتعرضتا.

(٩) انظر: المراجع السابقة.

- وتفصيل استدلال محمد رحمه الله: ان البينتين لما لم تتعرضا لجهة الملك اي لسببه جاز أن يكون صاحب التاريخ المؤخر اقدم في سبب الملك، فيكون اسبق من الآخر في الملك لتقدم سبب ملكه على سبب ملك الآخر، لذلك سقط اعتبار التاريخ بخلاف ما إذا قامت البينتان بالتاريخ على الشراء واحداهما اسبق من الاخرى حيث كان الاسبق اولى لتعرضه لسبق سبب ملك احد المشترين وهو الشراء، فلم يبق احتمال ان الآخر اسبق في الملك.

انظر: (تكملة شرح فتح القدير ٨: ٢٦٢ وما بعدها).

- وقد رجع محمد عن القول بأن بينة الاسبق في التاريخ اولى عند رجوعه من الرقة، وقال إنه لا تقبل بينة ذي اليد مطلقا إلا في دعوى النتاج.

انظر: (المراجع السابقة)

(١٠) اي لابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله.

(١١) (تتضمن) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: يتضمن.

(١٢) (إلا) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

فصارت بينة ذي اليد بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج، على معنى أنه لا يصح إلا بعد اثبات التلقي (من) (١) قبله، وبينته على الدفع مقبولة (٢).

هذا (٣) إذا كانت الدار في (يدهما) (٤)، (فصاحب) (٥) الوقت الاول (اولى) (٦) عندهما وعنده يكون بينهما (٧).

وإذا أرخ احدهما لا الآخر (٨) فعند "ابي يوسف" يقضى للمؤرخ، لأن بينته اقدم من المطلق كما لو (ادعى رجلان شراء) (٩) من واحد، وأرخ أحدهما لا الآخر كان المؤرخ اولى (١٠).

---

(١) (من) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: عن.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

وفيها: - ان بينة ذي اليد مع التاريخ يتضمن معنى الدفع كما لو ادعى على ذي اليد عينا، وانكر ذو اليد ذلك، وأقام البينة انه اشتراه من المدعي تندفع الخصومة.

- وقول ابي حنيفة، وابي يوسف رحمهما الله هو ظاهر الرواية وهو الراجح في هذا المذهب. (انظر: البدائع ٦: ٢٣٣).

(٣) اي وعلى هذا الخلاف السابق بين ابي حنفية وابي يوسف من جهة وبين محمد من جهة اخرى.

انظر: (الهداية والعناية وتكملة شرح فتح القدير ٨: ٢٦٣).

(٤) (يدهما) في ا، وفي: ب، ج، د، هـ: ايديهما.

(٥) (فصاحب) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: وصاحب.

(٦) (اولى) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٧) انظر: الهداية والعناية وتكملة شرح فتح القدير ٨: ٢٦٣، جامع الفصولين ١: ٧٦، البناية ٧: ٤٨٩.

(٨) وتوضيح صورة المسألة: لو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احداهما دون الآخر.

انظر: (المراجع السابقة).

(٩) (ادعى رجلان شراء) في ب، وفي أ: ادعى بطلان شراء، وفي ج: ادعى شراء، وفي د، هـ: ادعيا شرائه.

(١٠) انظر: الهداية والعناية ٨: ٢٦٣، البناية ٧: ٤٨٩، البدائع ٦: ٢٣٣، تحفة الفقهاء ٣: ٢٩٩.

- وتفصيل استدلال ابي يوسف رحمه الله هو: ان بينة صاحب الوقت اظهرت الملك له في وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعي الملك المطلق بيقين، بل تحتمل المعارضة وعدمها، لأن الملك المطلق لا يتعرض للوقت، فلا تثبت المعارضة بالشك، ولهذا لو ادعى كل واحد من الخارجين على ثالث، وأقام كل واحد منهما البينة انه اشتراه من رجل واحد، ووقتت بينة احداهما واطلقت الاخرى يقضى لصاحب الوقت، كذا هذا.

انظر: (البدائع ٦: ٢٣٣).

- هذا وقد روي عن أبي حنيفة رحمه الله مثل قول ابي يوسف.

انظر: (المراجع السابقة).

وعند "ابي حنيفة" و"محمد": يقضى للخارج ولا عبرة للوقت، لأن بينة ذي اليد انما تقبل اذا كانت متضمنة معنى الدفع، (وهنا) (١) وقع الاحتمال في معنى الدفع لوقوع الشك في وجوب (التلقى) (٢) من جهته لجواز ان شهود الخارج لو وقتوا لكان اقدم، فإذا وقع الشك في تضمنه معنى الدفع فلا (تقبل) (٣) مع الشك والاحتمال (٤).

وإذا ادعى كل واحد منهما الارث من ابيه، فلو (كانت) (٥) العين في يد ثالث ولم يؤرخا، أو ارخا سواء فهو بينهما نصفان (لاستوائهما) (٦) في الحجة (٧).

---

(١) (وهنا) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: ها هنا.

(٢) (التلقي) في: أ، ب،ج، وفي د، هـ: تقلى.

(٣) (تقبل) في: أ،ب، ج، وفي د، هـ: يقبل.

(٤) انظر: المراجع السابقة.

- وتفسير استدلال الطرفين هو: ان الملك المطلق احتمل السبق والتأخير عن الملك المؤقت، لأن الملك المطلق يحتمل التأخير والسبق، لجواز أن صاحب البينة المطلقة لو وقتت بينته كان وقتها اسبق، فوقع الاحتمال في سبق الملك المؤقت فسقط اعتبار الوقت فبقى مطلق الملك فيقضى للخارج. بخلاف الخارجين إذا ادعيا الشراء من رجل واحد، لأن البائع اذا كان واحد فقد اتفقا على تلقي الملك منه ببيعه، وإنه امر حادث، وقد ظهر بالتاريخ ان شراء صاحب الوقت اسق، ولا تاريخ مع الآخر وشراءه امر حادث فكان صاحب التاريخ اولى.

(انظر: البدائع ٦: ٢٣٣).

(٥) (كانت) في د، هـ، وفي أ، ب، ج: كان.

(٦) (لاستوائهما) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فهو لاستوائهما.

(٧) انظر: جامع الفصولين ١: ٧٧، المبسوط ١٧: ٤١، الهندية ٤: ٧٤، البزازية ٥: ٣٧١. تحفة الفقهاء ٣: ٣٠٠، البدائع ٦: ٢٣٧.

- والدليل على ذلك: ان كل واحد من الوارثين خصم عن مورثه فكأن المورثين حيان وأقاما البينة على ملك مطلق لهما في يد ثالث، وفي هذا يقضى بالملك المطلق بينهما نصفان - كما مر سابقا -

(انظر: المبسوط ١٧: ٤١، البدائع ٦: ٢٣٧).

وان ارخا واحدهما اسبق (فهو) (١) لا سبقهما عند "ابي يوسف" (٢) وكان "ابو يوسف" رحمه الله يقول اولا: يقضى (به) (٣) بينهما نصفين (لاستوائهما) (٤) في الارث والملك المطلق، ثم رجع إلى ما قلنا(٥).

وقال "محمد" - رحمه الله - في رواية ابي حفص (٦) كما (قاله) (٧) "ابو حنيفة" (٨).

---

(١) (فهو) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: وهو.

(٢) وهذا قول ابي يوسف رحمه الله الآخر، وهو رواية عن محمد وعن ابي حنيفة رحمهما الله.
انظر: (المراجع السابقة).
- ووجه قول ابي يوسف الآخر: ان صاحب التاريخ السابق، اثبت الملك لنفسه في وقت لا منازع له فيه، فيثبت ملكه في ذلك الوقت، ثم لا يستحق عليه الملك إلا بسبب من جهته والآخر لا يدعي الملك بسبب من جهته.
انظر: (المبسوط ١٧: ٤٣).

(٣) (به) في: أ، د، هـ، وساقطة من ب، ج.

(٤) (لاستوائهما) في: أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ.

(٥) ووجه قول ابي يوسف الاول أن التاريخ ليس بسبب للملك فوجود ذكره كعدمه ثم كل واحد منهما ينصب خصما عن مورثه في اثبات الملك له، ولا تاريخ في ملك المورثين فيقضى به بينهما نصفين، حتى لو أرخا ملك المورثين، وتاريخ احدهما اسبق كان هو اولى.
انظر: (المراجع السابقة).

(٦) ابو حفص الكبير، أحمد بن حفص، ووصفه بالكبير تمييزاً له لأنه يكنى بأبي حفص الصغير، تلميذ محمد بن الحسن، وله اختيارات في مذهب الحنفية يخالف فيها جمهور الأصحاب.
انظر: (الجواهر المضية ١: ١٦٦، الفوائد البهية: ١٨، تاج التراجم: ٩٠)

(٧) (قاله) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: قال.

(٨) اي ان لمحمد - رحمه الله - كما لأبي حنيفة رحمه الله قول يوافق فيه قول ابي سوف الآخر وهو انه يقضى لصاحب البينة الاسبق.
انظر: (المبسوط ١٧: ٤٣، جامع الفصولين ١: ٧٧، الهندية ٤: ٧٤، البزازية ٥: ٣٧١).

وقـال في رواية "(أبي) (١) سليـمان (٢)" : (لا) (٣) عـبـرة للتـاريخ في الأرث، فيقضى بينهم نصفين، وإن سبق تاريخ احدهما لأنهما لا يدعيان الملك لأنفسهما ابتداء، بل لمورثهما ثم يجرانه إلى انفسهما، ولا تاريخ لملك (المورثين) (٤) فصار كما لو حضر المورثان، و برهنا على الملك المطلق، حتى لو كان لملك المورثين تاريخ يقضي لا سبقهما (٥).

وأن أرخ (احدهمـا لا الآخر) (٦) قضى بينهما نصفين اجمـاعا. لأنهما ادعيا تلقي الملك من رجلين فلا عبرة للتاريخ (٧).

وقيل: يقضى للمؤرخ عند "ابي يوسف" (٨).

ولو (كانت) (٩) العين في ايديهما فكذلك الجواب(١٠).

---

(١) (أبي) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ابو، خطأ نحوي.

(٢) ابو سليمان الجوزجاني، موسى بن سلميان، صاحب محـمد بن الحسن، اخذ الفقه عنه له وكتب مسائل الأصول، والأمالي، عرض عليه المامون القضاء فاستعفى، فاعفي له السير الصغير والنوادر. (انظر: الفوائد البهية: ٢١٦، تاج التراجم: ٧٤).

(٣) (لا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ولا.

(٤) (المورثين) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: المورث.

(٥) انظر: المراجع السابقة.

(٦) (احدهما لا الاخر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: احدهما تاريخا لا الآخر.

(٧) انظر: البدائع ٦: ٢٣٣، المبسوط ١٧: ٤٢، الهندية ٤: ٧٤ البزازية ٥: ٣٧١، جامع الفصولين ١: ٧٧.

(٨) انظر: جامع الفصولين ١: ٧٧.

(٩) (كانت) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: كان.

(١٠) انظر: المراجع السابقة.

- وفيها: انه يقضى بينهما نصفين اجماعا، إلا إذا كان تاريخ احدهما اسبق فهو اولى.

وان (كانت) (١) العين في يد احدهما، ولم يؤرخا، أو أرخا سواء (يقضى للخارج) (٢) وإن أرخا وأحدهما اسبق (فهو) (٣) لا سبقهما(٤).

(وعند "محمد": للخارج، لأنه لا عبرة للتاريخ هنا (٥)، وإن أرخ احدهما لا الآخر فهو للخارج اجماعا (٦)).(٧)

وقيل: عند "ابي يوسف" رحمه الله للمؤرخ (٨).

---

(١) (كانت) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: كان.

(٢) (يقضى للخارج) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فهو بينهما نصفان لاستوائهما في الحجة.

- انظر: المبسوط ١٧: ٤٢، تحفة الفقهاء ٣: ٢٩٩، الهندية ٤: ٧٤ البزازية ٥: ٣٧١، جامع الفصولين ١: ٧٧، البدائع ٦: ٢٣٣.

- ووجه القول بالقضاء للخارج هو: أن كلا من الخارج وذي اليد يثبت الملك لمورثه الميت مطلقا عن السبب والتاريخ، فصار كما لو حضر المورثان وادعيا ملكا مطلقا يكون القضاء للخارج - كما مر سابقا -.

انظر: (تحفة الفقهاء ٣: ٢٩٩).

(٣) (فهو) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يقضي.

(٤) انظر: المبسوط ١٧: ٤٤، والمراجع السابقة.

- وفيها: ان هذا قول ابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

- ووجه قولهما: ان صاحب اسبق التاريخين اثبت الملك. لنفسه في وقت لا ينازعه فيه غيره، فهو اولى خارجا كان أو صاحب يد وهذا لأن يد ذي اليد تدل على الملك ولكن لا تدل على التاريخ فوجب قبول بينته على التاريخ كما يجب قبول بينته على النتاج، وإذا وجب قبول بينته وتاريخه اسبق كان هو اولى.

انظر: (المبسوط ١٧: ٤٤).

(٥) انظر: المراجع السابقة.

- ووجه قول محمد رحمه الله: ان دعوى الارث دعوى ملك الميت فكل واحدة من البينتين اظهرت ملك الميت، لكن قام الوارث مقام الميت في ملك الميت فكأن، الوارثين ادعيا ملكا مطلقا او مؤقتا من غير سبب، فكانت بينة الخارج مقدمة، انظر: (البدائع ٦: ٢٣٣)

وكان محمد رحمه الله يقول: لا أقبل من ذي اليد بينة على تاريخ ولا غيره، إلا النتاج وما في معناه، لأن التاريخ ليس بسبب لأولوية الملك بخلاف النتاج.

انظر: (المبسوط ١٧: ٤٤).

(٦) انظر: جامع الفصولين ١: ٧٧، الهندية ٤: ٧٤، البزازية ٥: ٣٧١، البدائع ٦: ٢٣٣، تحفة الفقهاء ٣: ٢٩٩.

(٧) (وعند محمد ... اجماعا) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٨) جامع الفصولين ١: ٧٧.

وان (ادعيا) (١) الشراء من (احدهما) (٢) ولم يؤرخا، أو ارخا سواء، فهو بينهما نصفان لاستوائهما في الحجة (٣)، وإن ارخا واحدهما اسبق يقضى لأسبقهما (٤) اتفاقا(٥)

بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين لأنهما لا يثبتان الملك لبائعهما، ولا تاريخ لملك (البائعين) (٦) فتاريخه (لمالكه) (٧) لا يعتد به، وصار كأنهما حضرا وبرهنا على الملك بلا تاريخ فيكون بينهما (٨).

أما (هنا) (٩) فقد اتفقا على أن الملك كان لهذا الرجل (١٠)، وان اختلفا في التلقي منه. وهذا الرجل (١١) اثبت التلقي لنفسه في وقت لا ينازعه فيه صاحبه فيقضى له به. ثم لا يقضى (به) (١٢) لغيره إلا (إذا) (١٣) تلقى منه وهو لا يتلقى منه (١٤).

---

(١) (ادعيا) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: ادعى.

(٢) (أحدهما) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين (١/ ٧٧): واحد. وهو الصحيح

- والمسألة هي ادعاء الخارجين الشراء من واحد صاحب اليد كان أو غيره لأن الحكم في الصورتين لا يختلف غير أن الشهادة القائمة على الشراء من ذي اليد وهو البائع تقبل من غير ذكر الملك له، والشهادة القائمة على الشراء من غير صاحب اليد لا تقبل إلا بذكر الملك للبائع، لأن المبيع في الصورة الاولى في يد البائع، واليد دليل الملك، فوقعت الغنية عن ذكره، وفي الصورة الثانية: المبيع ليس في يد البائع فدعت الحاجة لذكره لصحة البيع. (انظر: البدائع ٦:٢٣٧- ٢٣٨).

(٣) انظر: البدائع ٦:٢٣٧، الهداية والبناية ٧:٤٧٨، اللباب ٤:٣٢، الهندية ٤:٧٤.

- وفيها: انه يثبت لكل واحد من الخارجين الخيار، فلكل واحد منهما اخذ نصف العين بنصف الثمن، وله الرد.

- والحكم بالتنصيف مقرر اصلا لدعوى مطلق، الشراء دون ذكر التاريخ، فإما إذا أرخت البينتان فإن استوى التاريخان فكذلك الحكم لسقوط اعتبارهما بالتعارض فبقيت دعوى مطلق الشراء. (انظر: البدائع ٦:٢٣٨).

(٤) (وان .... لا سقهما) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٥) انظر: المراجع السابقة.

- ووجه القضاء لمن كان تاريخ بينته اسبق لأنها - اي البينة - تظهر الملك في وقت لا تعارضها فيه الاخرى فتندفع بها الاخرى (انظر: البدائع ٦:٢٣٨).

(٦) (البائعين) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: المبايعين.

(٧) (لمالكه) في أ، وفي: ب، ج، د، هـ: لملكه.

(٨) انظر: تبيين الحقائق ٤:٣١٧، الهندية ٤:٧٤، البدائع ٦:٢٣٨، مجمع الانهر ٢:٢٧٦.

- وتوضيح المسألة: أن الخارجين إذا ادعيا الشراء من واحد وأرخا، واحدهما أسبق يقضى لاسبقهما، بخلاف ما لو ادعيا الشراء من اثنين وأرخا، واحدهما أسبق فإنه يقضى بينهما نصفين.

(٩) (هنا) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: ها هنا.

- والمقصود بهنا أي في المسألة وهي ادعاء الخارجين الشراء من واحد. وقد ارخا، واحدهما اسبق.

(١٠) الرجل: اي الثالث الذي ادعى الخارجان الشراء منه.

(١١) اي الخارج صاحب البينة الاقدم تاريخا.

(١٢) (به) في: أ، ب، د، هـ،وساقطة من ج.

(١٣) (اذا) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٤) انظر: جامع الفصولين ١:٧٧.

وإن ارخ احدهـما (لا) (١) الآخر فـهو للمؤرخ اتفـاقا، لأن أثبت شراءه لنفـسه في زمان لا ينازعه فيه غيره فيقضى (به له) (٢) حتى يتبين (تقدم) (٣) شراء غيره عليه (٤).

بخلاف ما لو ادعيا الشراء من رجلين ووقت احدهـما لا الآخر، فإنه يقضى بينهما (نصفين) (٥) لأن كل واحـد منهـما (ثمـة) (٦) خـصم عن بائعـه فـي اثبـات الملك، له، وتوقيت احدهما (مما) (٧) لا يدل على (سـبق) (٨) ملك بائعه، ولعل ملك البـائع الآخر اسبق فلهذا قضينا بينهـما (٩).

---

(١) (لا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لان.

(٢) (به له) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: له به.

(٣) (تقدم) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٤) انظر: جامع الفصولين ١:٧٧، تبيين الحقائق ٤:٣١٦، البدائع ٦:٢٣٨، مجمع الأنهر ٢:٢٧٤.

(٥) (نصفين) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: بنصفين.

(٦) (ثمة) في:أ، ج، وفي ب، د،هـ: ثم.

(٧) (مما) في أ، وساقطة من : ب، ج، د، هـ.

(٨) (سبق) في ج، د، هـ، وفي أ، ب: ما سبق.

(٩) انظر: جامع الفصولين ١:٧٧، تبيين الحقائق ٤:٣١٦، البدائع ٦:٢٣٨، الهندية ٤:٧٤.

وهنا اتفقا على أن الملك لبائع واحد، فحاجة كل منهما إلى سبب الانتقال اليه لا إلى اثبات الملك للبائع، وسبب الملك في حق من وقت شهوده أسبق (فكان) (١) هو من المدعي احق (٢).

وإن كان الحق (في ايديهما فهو بينهما) (٣) إلا إذا أرخا، واحدهما أسبق، فحينئذ يقضى لاسبقهما.

وإن كان في يد أحدهما فهو لذي اليد سواء أرخ أم لم يؤرخ، إلا إذا أرخا وتاريخ الخارج اسبق فيقضى به للخارج . انظر: "الكافي".

وفي "الذخيرة": يقضى في الملك المطلق ببينة الخارج لا ببينة ذي اليد، عندنا لو لم يذكرا تاريخا، أو استويا فيه، ولو كان تاريخ احدهما اسبق، فهو اولى إذ للتاريخ عبرة عند "ابي حنيفة" في الملك المطلق، وهو قول ابي يوسف آخرا، وقول "محمد" رحمه الله اولا (٤).

وعلى قول "ابي يوسف" رحمه الله اولا، (وهو) (٥) قول "محمد" آخرا لا عبرة للتاريخ في الملك المطلق فيقضى للخارج (٦).

---

(١) (فكان) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: وكان.

(٢) انظر: جامع الفصولين ١: ٧٧.

(٣) (في .... بينهما) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: في ايديهما سواء لم يؤرخا، أو أرخا سواء، أو ارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر، فهو بينهما.

(٤) انظر: جامع الفصولين ١: ٧٧، تحفة الفقهاء ٣: ٢٩٥، شرح ادب القاضي لابن مازة ٣: ٢٤١، شرح ادب القاضي للجصاص: ٢٩٣ البدائع ٦: ٢٣٢، تبيين الحقائق ٤: ٣٢٠، تكملة شرح فتح القدير ٨: ٢٦٢، وما بعدها.
- وقول الامام ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله هو الراجح في المذهب (انظر: البدائع ٦: ٢٣٣).
- وقد مر تفصيل الاستدلال للمسألة في ثنايا الباب.

(٥) (وهو) في: أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ.

(٦) انظر: المراجع السابقة.
- وقد مر تفصيل الاستدلال لهذا القول في الباب.

مسألة:

لو أقامت المرأة بينة على دار في يد (الزوج) (١) انها لها (و) (٢) قالت (قد) (٣) (غصبها) (٤) مني، وأقام الزوج بينة أنها داري اشتريتها منك.

قيل: يقضى بها للمرأة، لأن الدار والمرأة في يد الزوج، فكانت هي خارجة.

وقيل: يقضى بها للزوج، لأنه لا تنافي بين البينتين فيقبلان (يثبت) (٥) الغصب اولا، ثم الشراء آخرا، من "الفتاوى".

مسألة:

لو (كانت) (٦) شاتان (احداهما) (٧) سوداء، والاخرى بيضاء، وهما في يد رجل، فأقام خارج بينة أن البيضاء شاته ولدتها السوداء في ملكه، وأقام صاحب اليد البينة أن السوداء شاته ولدتها البيضاء في ملكه، قضي لكل واحد بالشاة التي (شهد) (٨) (شهوده) (٩) انها ولدت في ملكه، إذا كان سن الشاتين محتملا (١٠). من "الايضاح".

---

(١) (الزوج) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: الزو، خطأ مطبعي.

(٢) (و) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٣) (قد) في د، هـ، وفي أ: وقد، وساقطة من ب، ج.

(٤) (غصبها) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: غصبتها.

(٥) (يثبت) في أ، ج، وفي د، هـ: لتثبت، وفي ب: ثم تثبت.

(٦) (كانت) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: كان.

(٧) (احداهما) في: ب، د، هـ، وفي أ، ج: احدهما.

(٨) (شهد) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: تشهد.

(٩) (شهوده) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: شهود.

(١٠) انظر: البدائع ٦:٢٣٥.

- ووجه القول بالقضاء لكل واحد منهما بما شهد شهوده هو أن بينة الخارج قامت على النتاج في البيضاء، وبينة ذي اليد قامت فيها على ملك مطلق فبينة النتاج اولى، وكذا بينة ذي اليد قامت على ا لنتاج في السوداء، وبينة الخارج قامت فيها على ملك مطلق. فبينة النتاج اولى. (انظر: المرجع السابق).

مسألة:

التاريخ في النتاج (١) لغو على كل حال. أرخا وهما سواء، (أو) (٢) احدهما أسبق، أو أرخ احدهما فقط، إذ الغرض من اثبات (النتاج) (٣) زيادة الاستحقاق على خصمة (لتترجح بينته) (٤) واثبات زيادة الاستحقاق لا يتصور في النتاج، لأنه دعوى اولوية الملك.

انظر: "جامع الفصولين" (٥).

(١) النتاج: هو الولادة في الملك (البدائع ٦: ٢٣٤).
(٢) (او) في: أ، ب، ج، وفي: د، هـ: و.
(٣) (النتاج) في جميع النسخ الخطية والمطبوعة، وفي جامع الفصولين ١: ٧٨، (التاريخ اثبات) وهو الصحيح.
(٤) (لتترجح بينته) في: ج، وفي أ، ب: ليترجح وفي د، هـ: يترجح ببينته.
(٥) جامع الفصولين ١: ٧٨.

فصل

ولو ادعى (رجلان) (١) داراً في يد ثالث، فادعى احدهما كل الدار، وادعى الآخر نصفها، وأقاما جميعا البينة.

قال "ابو حنيفة": يقضى بطريق المنازعة لصاحب الجميع بثلاثة ارباعها. ولصاحب النصف بالربع (٢).

وقال "ابو يوسف": و"محمد" - رحمهما الله - :يقسم اثلاثا بطريق المضاربة(٣)

ولو كانت الدار في (ايديهما) (٤) والمسألة (بحالها) (٥) يقضى لصاحب الجميع بالنصف الذي في يد صاحبه، (ويترك) (٦) النصف الذي في يده بحاله (٧). انظر "الايضاح".

---

(١) (رجلان) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: رجلين.

(٢) انظر: البدائع ٦ :٢٣٩, ٢٤٠، مجمع الانهر ٢ :٢٨٠، البناية ٧ :٥٠١، الهداية والعناية وتكملة شرح فتح القدير ٨ :٢٧٥، تبيين الحقائق ٤ :٣٢٣

- ومعنى القضاء بطريق المنازعة أن ينظر الى القدر الذي وقع التنازع فيه، فيجعل الجزء الذي خلا عن المنازعة سالما لمدعيه، ثم ينصف الجزء الذي وقع فيه التنازع بينهما وعلى هذا يكون لمدعي الكل نصف سالم عن المنازعة، ونصف النصف من القسم الذي وقع فيه التنازع ومجموع ذلك ثلاثة ارباع والباقي هو الربع لمدعي نصف الدار (انظر: المراجع السابقة).

- والصحيح ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله، لأن الحاجة إلى القسمة لضرورة الدعوى والمنازعة، ووقوع التعارض في الحجة ولا منازعة لمدعي الكل إلا في النصف فلا يتحقق التعارض إلا فيه فيسلم له ما وراءه لقيام الحجة عليه وخلوها عن المعارضة، فكان ما قاله عملا بالدليل بالقدر الممكن وإنه واجب (انظر: البدائع ٦ :٢٤٠).

(٣) انظر: المراجع السابقة وفيها:-

طريق المضاربة: وتسمى طريق العول في القسمة وهي أن تجمع السهام كلها في العين فتقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل بسهمه كما في الميراث، وذلك ان مدعي الكل يدعي النصفين والآخر النصف الواحد، وليس لشيء واحد ثلاثة انصاف فيقسم بينهما اثلاثا على قدر حقهما وهذا بطريق العول كالميراث.

(٤) (ايديهما) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: يديهما.

(٥) (بحالها) في: ب، د، هـ، وفي أ، ج: بحالهما.

(٦) (ويترك) في:ب، و في: أ، ج، د، هـ: وترك.

(٧) انظر: المراجع السابقة.

- ووجه القول بالقضاء لمدعي الجميع هو أن بينة مدعي الكل أولى لأنه خارج لأنه يدعي على صاحبه الذي في يده، ومدعي النصف، لا يدعي شيئاً هو في يد صاحبه لأنه لا يدعي إلا النصف والنصف في يده، فكان مدعي الكل خارجا، ومدعي النصف صاحب يد، فكانت بينة الخارج اولى فيقضى له بالنصف الذي في يد صاحبه، ويترك النصف الذي في يده على حاله.

(انظر: البدائع ٦ :٢٤٠).

مسألة :

لو (شهدا) (١) بملكية الدار للمـدعي، ولـم (يشهدا) (٢) بيد المدعى عليـه، تقبل عند "مـحمـد" لا في ظاهر الرواية. ولو شهـدا بالدار للمـدعي لا بيد المدعى عليه وشهـد آخران (انها) (٣) بيد (المدعى عليه) (٤) يقبل كلاهما، إذ الحاجـة إلى الشهادة (بيده) (٥) ليصـير خصـما في اثبـات الملك، ولا فرق بين أن يثبت كـلا الحكمين بشهـادة فريق أو فريقين، ثم إذا (شهدا) (٦) بيده (سألهما) (٧) القاضي عن سماع هل (شهدا) (٨) بيده أو (عن) (٩) معايـنة، لأنهما ربما سمـعا اقراره أنه بيده فظنا أنه يطلق (لـهما) (١٠) الشهادة، وقد اشتبه (١١) على كـثير من الـفقهـاء أنه بمجرد اقـراره هل تثبت يـده حكما، فـما لـم (يذكرا) (١٢) انهما عاينا يده لا تقبل. ولا يختص هذا بهذه الحادثة بل في غيرها حتى لو شهدا ببيع وتسليم (يسألهما) (١٣) القاضي اشهـدا على اقرار البائع أو على معـاينة البيع والتسليم، والشهادة على اقرار البائع به ليـست بشهادة بملك البائع. انظر: "شرح ظيهر الدين المرغناني" (١٤)

---

(١) (شهدا) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: شهد.
(٢) (يشهدا) في ، د، هـ، وفي أ، ج: يشهد.
(٣) (انها) في ب وساقطة من : أ، ج، د، هـ.
(٤) (المدعى عليه) في ب، و في: أ، ج، د، هـ: المدعي.
(٥) (بيده) في ب، و في: أ، ج، د، هـ: يده.
(٦) (شهدا) في: ب، د، هـ، وفي أ،ج: شهد.
(٧) (سالهما) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يسالهما.
(٨) (شهدا) في أ، ب، ج، وفي د، هـ: شهد.
(٩) (عن) في: أ، ب، د، هـ،وساقطة من ج.
(١٠) (لهما) في: أ، ب، د، هـ، وفي ب: بهما.
(١١) (وقد إشتبه) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين (١/ ٨٥): وهذه تشتبه، وهو الصحيح.
(١٢) (يذكرا) في ب، و في: أ، ج، د، هـ: يذكر.
(١٣) (يسالهما) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: سالهما.
(١٤) انظر: جامع الفصولين ١ :٨٥، فصول العمادي - مخطوط - ق ٣٧ب.

الباب العاشر

في القضاء بالتحالف مع الجهتين

اذا (اختلف)(١) البائع والمشتري في (المبيع) (٢) أو في الثمن تحالفا فيحلف البائع ما باعه بألف كما ادعاه المشتري، ويحلف المشتري ما اشتراه بألفين كما ادعاه (البائع)(٣)، ثم ينفسخ البيع بينهما (٤) وأيهما نكل عن اليمين لزمه (دعوى) (٥) الآخر(٦).

ويبدأ بيمين المشتري في قول "ابي يوسف" الآخر وهو قول ("محمد"، وهو رواية "الحسن" عن "ابي حنيفة"(٧)، وأيهما أقام البينة قبلت بينته (٨)، وإن اقاما البينة فالبينة) (٩) بينة البائع في الثمن (١٠).

---

(١) (اختلف) في: أ، ب، وفي ج، د، هـ: اختلفا.

(٢) (المبيع) في: أ، ب، وفي ج، د، هـ: البيع.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٤: ٣٠٤، الاختيار ٢: ١٢٠، الهداية والبناية ٧: ٣٤٦، الهندية ٤: ٣٣.

- وقد استدل الحنفية للقول بالتحالف بما روى عنه صلى الله عليه وسلم انه قال: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بينهما تحالفا وترادا».

- أخرجه أبو داود (عون المعبود ٩/ ٤٢٠ رقم ٣٤٩٥/ البيوع/ إذا اختلف البيعان والمبيع قائم) ولم يسقط لفظه والدارمي (٢/ ١٦٦ رقم ٢٥٢٥) وابن ماجه (٢/ ٧٣٧ رقم ٢١٨٦/ التجارات/ البيعان يختلفان) وأشار اليه الطيالسي (٥٠٣ رقم ٣٩٩) واحمد (١/ ٤٦٦) والترمذي (٣/ ٥٧٠ رقم ١٢٧٠) وأخرجه أيضا الدارقطني (٣/ ٢٠ - ٢١ رقم ٦٧و ٦٨و ٦٩ و ٧٢) والبيهقي (٥/ ٣٣٣) وابن حزم في المحلى (٨/ ٣٦٨) عن عبد الله بن مسعود مرفوعاً بلفظ: «إذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة والبيع قائم بعينة فالقول ما قال البائع أو يترادان في البيع». وفي إسناده محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ضعيف سيء الحفظ، وهو منقطع ايضاً في موضعين، قال القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن ابيه وقال مرة أخرى: عن ابن مسعود كما عند احمد والترمذي.

قال البيهقي: خالف ابن أبي ليلى الجماعة في رواية هذا الحديث في إسناده حيث قال عن ابيه وفي متنه حيث زاد فيه «والبيع قائم بعينه».

وأخرجه ايضا احمد (١/ ٤٦٦) وعبد الرزاق (٨/ ٢٧١ - ٢٧٢ رقم ١٥١٨٥) ولم يقل عبد الرزاق «والسلعة قائمة» ومن طريقه ابن حزم في المحلى (٨/ ٣٦٧ - ٣٦٨). وأخرجه ايضاً الطبراني في الكبير (١٠/ ٢١٥ رقم ١٠٣٦٥) بإسناد آخر منقطع ووقع عند الطبراني: القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه وفي إسناده علي بن حسان العطار ولم أجد له ترجمة وقال الهيثمي في المجمع. ولم أعرفه. (٥/ ١٧٩).

وأما قوله تحالفا فلم يقع عند أحد من المخرجين، بل لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث. كما قال الرافعي (التلخيص ٣/ ٣١).

وإنما ورد في بعض الطرق: فأمر البائع أن يستحلف. =

....

- والقول بالتخالف من الجهتين مخصوص في حالة عجز كل من البائع والمشتري في اقامة البينة على دعواه، وعدم رضا كل واحد منهما بما قاله صاحبه (انظر: تبيين الحقائق ٤: ٣٠٤).

(٤) انظر: المراجع السابقة.

- وفيها: ان الفسخ لا يكون بنفس التحالف بل بقضاء القاضي بناء على طلبهما او طلب واحد منهما لأنه حقهما قطعا للمنازعة لأنه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فبقي بيع مجهول وهو فاسد لا بد فيه من الفسخ.

(٥) (دعوى) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٦) انظر: الاختيار ٢: ١٢٠، الهندية ٤: ٣٣.

(٧) انظر: الهداية والعناية وتكملة فتح القدير ٨: ٢٠٨ وما بعدها الاختيار ٢: ١٢٠.

- والبدء بيمين المشتري هو الصحيح في المذهب كما نص على ذلك في الهداية وذلك لأن المشترى أشد انكارا من البائع لأنه يطالب بأداء الثمن للحال وهو لا يطلب تسليم المبيع للحال (انظر: المراجع السابقة).

- وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولاً وهو قول زفر يبدأ بيمين البائع. (انظر: المراجع السابقة).

(٨) انظر: الهداية والعناية وتكملة فتح القدير ٨: ٢٠٥، الهندية ٤: ٣٢، الاختيار ٢: ١٢٠.

- ووجه القول بقبول بينة أي منهما هو أن كلا من الطرفين مدع وقد ترجحت دعوى احدهما بالبينة وهي توجب على القاضي الحكم بها، بخلاف مجرد الدعوى فإنها لا توجب عليه حكما.

(انظر: المراجع السابقة).

(٩) (محمد. . . . فالبينة) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٠) انظر: الهداية والعناية وتكملة فتح القدير ٨: ٢٠٥، الهندية ٤: ٣٣، الاختيار ٢: ١١٩، البدائع ٦: ٢٤١، تبيين الحقائق ٤: ٣٠٤، البناية ٧: ٤٣٦.

- والحكم بأن البينة بينة البائع في الثمن ليس على اطلاقه حيث قرر الحنفية هذا الحكم حال كون الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا، فتكون بينة البائع اولى في الثمن، وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا لزيادة الاثبات، أما لو كان الاختلاف في المبيع أو في الثمن، فالبينة المثبتة للزيادة اولى وذلك لأن البينات شرعت للاثبات، فأيهما كانت أكثر اثباتا كانت اقوى فتترجح على الأخرى.

(انظر: المراجع السابقة).

مسألة:

ولو كانت السلعة هالكة في يد المشتري أو (خرجت) (١) عن ملكه، أو صار بحال لا يقدر على الرد بالعيب (٢)، فالقول قول المشتري مع يمينه، ولا يتحالفان إذا كان الثمن دينا في قول "ابي حنيفة" و "ابي يوسف" رحمهما الله (٣).

وقال "محمد" و"الشافعي" رحمهما الله: يتحالفان ويترادان القيمة (٤).

فرع:

ولو اختلفا بعد هلاك الجارية في يد المشتري، فادعى البائع أن الثمن عين وهو هذا العبد، وادعى المشتري أن الثمن (دين) (٥)، أو ادعى المشتري أن الثمن عين، وادعى البائع أن الثمن (دين) (٦) لم ينظر إلى دعوى البائع، إنما ينظر إلى دعوى المشتري، فإن أقر بالدين فالقول قوله، وإن اقر بالعين تحالفا (٧).

---

(١) (خرجت) في: ب، ج، د، هـ وفي أ: اخرجت.

(٢) وعدم القدرة على الرد بالعيب يكون بحدوث عيب في المبيع وهو في يد المشتري (انظر: تكملة فتح القدير ٨:٢١٣).

(٣) انظر: حاشية رد المحتار ٥:٥٦١، تبيين الحقائق ٤:٣٠٧، الهداية والعناية وتكملة فتح القدير ٨:٢١٣، الهندية ٤:٣٣، مجمع الأنهر ٢:٢٦٤.

- وقد قيد الحنفية المسألة بكون الثمن دينا، لأنه إذا كان عينا يتحالفان بالاتفاق لأن المبيع في أحد الجانبين قائم ثم يرد مثل الهالك إن كان له مثل وقيمته إن لم يكن له مثل (انظر: مجمع الأنهر ٢:٢٦٤).

- وقد استدل الشيخان لقولهما بما يلي:-

ان الشرع قد ورد بالتحالف حال قيام السلعة بقوله صلى عليه وسلم: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا» - سبق تخريجه - ولا يتعدى حكم النص إلى حال هلاك السلعة، وذلك لأن التحالف حال قيام السلعة مفيد للفسخ ولا فسخ بعد هلاك السلعة لارتفاع العقد بالهلاك.

(انظر: العناية ٨:٢١٥).

(٤) انظر: المراجع السابقة، ومغني المحتاج ٢:٩٧.

- وقد استدل محمد والشافعي رحمهما الله لقولهما بالتحالف والتراد بإن كل واحد من الخصمين يدعي عقدا غير الذي يدعيه الآخر، وصاحبه ينكر فيتحالفان كما إذا كانت السلعة قائمة لأن القيمة بدل العين عند عدمها. (انظر: المراجع السابقة).

(٥) (دين) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: عين، وادعى المشتري ان الثمن عين.

(٦) (دين) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: دين لي.

(٧) انظر: الهندية ٤:٣٤، حاشية رد المحتار ٥:٥٦١.

- والمذكور في المسألة قول الشيخين رحمهما الله، وعند محمد - رحمه الله - يتحالفان على كل وجه (انظر: الهندية ٤:٣٤).

(مسألة) (١)

ولو تحالفا وقد هلك احد العوضين في يد الآخر رد مثله إن كان مثليا، وقيمته إن لم يكن له مثل (٢)، ولو اشترى عبدين فهلك احدهما ثم اختلفا فالقول قول المشتري، ولا يتحالفان في قول "ابي حنيفة" إلا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي ولا يأخذ من (ثمن) (٣) الهالك فيتحالفان (٤).

وقال "ابو يوسف": القول قول المشتري في حصة الهالك ويتحالفان ويتردان في القائم (٥): وقال "محمد": يتحالفان فيهما (٦).

---

(١) (مسألة) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: فرع.

(٢) انظر: الهداية وتكملة شرح فتح القدير ٨:٢١٧.

- وفيها: ان هذه المسألة هي مسألة بيع المقايضة أي أن يكون ثمن السلعة عينا وليس دينا، فإنهما إن اختلفا في الثمن تحالفا بالاتفاق عند الحنفية، وذلك لفائدة التحالف في هذه الصورة وهو الفسخ ثم رد مثل الهالك أو قيمته.

(٣) (ثمن) في: أ، ج، وفي ب: الثمنو وفي د، هـ: لثمن.

(٤) انظر: الهداية والعناية وتكملة شرح فتح القدير ٨:٢١٨، البناية ٧:٤٤٦، الاختيار ٢:١٢١، الهندية ٤:٣٣.

- وقد اختلفت عبارات كتب الحنفية في تفسير الاستثناء الوارد في هذه المسألة في قوله "إلا أن يرضى البائع" فحمله البعض على عدم التحالف، وحمله البعض الآخر على عدم يمين المشتري حالة رضى البائع عن التنازل عن قيمة الهالك.

انظر: (المراجع السابقة).

- وقد استدل الإمام ابو حنيفة رحمه الله لرأيه بأن التحالف حال قيام السلعة ثابت بالنص على خلاف القياس، والسلعة اسم لجميع اجزائها، فلا تبقى السلعة بفوات بعضها لانعدام الكل بانعدام جزئه، وما يثبت على خلاف القياس لا يتعدى إلى الغير إلا إذا رضي البائع بترك حصة الهالك، فيصير الهالك كأن لم يكن، وكأن العقد لم يرد إلا على الباقي، فيتحالفان.

انظر: (المراجع السابقة).

(٥) انظر: المراجع السابقة

وفيها: أن أبا يوسف رحمه الله استدل لقوله بأن امتناع التحالف يكون لأجل الهلاك، فيقدر بقدره، أي يقدر امتناع التحالف بقدر الهالك لأن الحكم لا يزيد على علته، فيكون القول للمشتري في الهالك، والتحالف في القائم.

(٦) انظر: المراجع السابقة.

وفيها: ان قول محمد رحمه الله مخرج على أصله السابق الذكر وهو أن هلاك السلعة بكاملها لا يمنع التحالف عنده، حيث القيمة تكون بمنزلة العين، فكذلك هلاك بعض السلعة اولى بالتحالف من هلاكها بكاملها.

فرع:

ولو اختلفا في الاجل فقال البائع حال، وقال الآخر إلى شهر، أو قال هذا إلى شهر وقال الآخر إلى شهرين، فالقول قول البائع ولا يتحالفان (١) .

وقال: "زفر" و"الشافعي" يتحالفان (٢).

مسألة:

اذا اختلف الزوجان في المهر فقال: الف، وقالت: الفان. يتحالفان (٣) ويبدأ بيمين الزوج (٤) ثم يحكّم فيه (بمهر) (٥) المثل، (فإن) (٦) كان مهر مثلها الفا أو أقل، فالقول قول الزوج، وإن كان الفين أو اكثر، فالقول قولهما، وإن كان الفا وخمسمائة (فلها) (٧) مهر المثل وهذا "عندهما" (٨) وعند "ابي يوسف": (القول للزوج) (٩) إلا إذا كان شيئا مستنكرا.

قيل: المنكر ما دون عشرة،

وقيل: ما يكون بعيداً عن مهر مثلها وهو الاصح (١٠).

---

(١) خالف المصنف الحنفية في هذه المسألة حيث قال: «فالقول قول البائع» وذلك لأن الحنفية نصوا على أنه إذا كان الخلاف في الأجل أو في شرط الخيار كان القول قول المنكر مع يمينه بائعا كان أو مشتريا ولا يتحالفان.

ووجه القول بعدم التحالف أن الاختلاف وقع في غير المعقود عليه وهو المبيع والمعقود به وهو الثمن، والاختلاف في غيرهما لا يوجب التحالف، وذلك لأن التحالف ورد به النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا» - سبق تخريجه- والنص إنما ورد عند الاختلاف فيما يتم به العقد، إذ قد علق وجوب التحالف باختلاف المتبايعين، وهو اسم مشتق من البيع، فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما فيما يثبت به البيع. والبيع انما يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل وشرط الخيار واستيفاء بعض الثمن والاختلاف في الاجل والخيار لم يكن في معنى المنصوص فلم يلحق به، وأما وجه قول الحنفية: « والقول قول من ينكر الاجل مع اليمين» هو ان الاجل والخيار امور تثبت بشرط عارض على اصل العقد، والقول لمنكر العوارض مع يمينه.

انظر: (الهداية والعناية وتكملة شرح فتح القدير ٨: ٢١٢، الاختيار ٢: ١٢١، الهندية ٤: ٣٣).

(٢) انظر: العناية ٨: ٢١٢، المهذب ٢: ٣١٤.

- وقد استدل زفر والشافعي رحمهما الله لقولهما بالتحالف بإن الأجل جار مجرى الوصف، فإن الثمن يزداد عند زيادة الاجل والاختلاف في وصف الثمن يوجب التحالف كذا هذا.

(انظر: العناية ٨: ٢١١). =

....

=

(٣) انظر: الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٨: ٢٣٠، تبيين الحقائق ٤: ٣١١.

- وفيها: ان التحالف يكون حال عجزهما عن اقامة البينة، وإن النكاح لا ينفسخ بالتحالف.

(٤) انظر: المراجع السابقة.

- وفيها ان البداءة بيمين الزوج تعجيلا لفائدة النكول لأن أول التسليمين عليه.

(٥) (بمهر) في: جميع النسخ الخطية والمطبوعة، وفي الهداية ٨: -٢٣، مهر وهو الصحيح.

(٦) (فان) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: وأن.

(٧) فلها) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: ولها.

(٨) اي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله.

انظر: المراجع السابقة.

(٩) (القول للزوج) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: ا لقول قول الزوج.

(١٠) انظر: الهداية وفتح القدير ٣: ٣٧٤.

وفيها: ان ابا يوسف يرى ان القول للزوج لأن ا لمرأة تدعى الزيادة و الزوج ينكر، والقول قول المنكر مع يمينه، إلا أن يأتي بشيء يكذبه الظاهر فيه.

مسألة:

ولو كان المهر مكيلا، أو موزونا بعينه فاختلفا في قدر الكيل والوزن فهو مثل الاختلاف في الالف و الالفين، لأنه اختلاف في الذات ألا يرى أن ازالة البعض منه لا تنقص (الباقي) (١).

ولو إختلفا في جنس المسمى أو صفته أو نوعه، أو ذرعه، إن كان مذرعا والمسمى عين، أو اختلا في قيمته وهو هالك، فالقول للزوج ولا يتحالفان. لأنهما اتفقا على المسمى فصحت التسمية، فانقطع حكم مهر المثل بيقين، إلا أنها تدعي عليه وصفا، أو ضمانا زائد وهو ينكر فيكون القول له، بخلاف ما لو اختلفا في قدر المسمى، لأن التسمية فاسدة عندهما في قدر ما اختلفا فيه فوجب بحكم مهر المثل (٢).

مسألة:

إذا ادعى الراهن انه (رهن) (٣) بخمسمائة، والمرتهن بالف، فالقول قول الراهن مع يمينه، لأن تعلق حق المرتهن بالرهن يستفاد من جهة الراهن فكان القول قوله في قدره(٤).

مسألة:

ولو قال الراهن رهنته بجميع الدين الذي لك على وهو الف، والرهن يساوى ذلك وقال المرتهن: ارتهنته بخمسمائة والرهن قائم، فقد روى عن "ابي حنيفة" ان القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان لأن الاختلاف وقع في المعقود عليه حال قيامه فيتحالفان كما في البيع، فإن هلك الرهن قبل التحالف كان كما قال المرتهن لأنه ينكر زيادة ضمانة عليه(٥) .

---

(١) (الباقي) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: والباقي.

(٢) انظر: الهندية ١:٣٢٠، الخانية ١:٣٩٩.

(٣) (رهن) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٤) انظر: البدائع ٦:١٧٤، الخانية ٣:٦٠٩، الهندية ٥:٣٦٩.

وفيها: ان القول قول الراهن لأن المرتهن يدعي على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه.

(٥) انظر: المراجع السابقة.

مسألة :

لو ادعى كل منهما أنه رهن سوى الذي يدعيه الآخر، وأقاما البينة فالبينة بينة المرتهن (١).

مسألة :

فإن قال الراهن هلك في يدك، وقال المرتهن قبضته (مني) (٢) بعد الرهن فهلك في يدك، فالقول قول (المرتهن) (٣) مع يمينه، لأنهما اتفقا على دخوله في ضمان المرتهن، والمرتهن يدعي البراءة من الضمان والراهن (ينكره) (٤) فكان القول قوله، والبينة ايضا بينته، لأنها تثبت (ايفاء) (٥) الدين، وبينة المرتهن تنفيه فالمثبتة اولى (٦).

مسألة :

إذا ادعى المشتري الشراء بالفين والشفيع بالف، فالقول قول المشتري مع يمينه (٧)، فإن اختلف البائع معهما والدار في يد البائع (او المشتري) (٨) والثمن غير منقود، فالقول قول البائع ويتحالفان ويترادان، لأن الاختلاف وقع في البيع والسلعة قائمة، فيأخذ الشفيع (بما) (٩) قاله البائع إن شاء، لأن الوجوب بايجاب البائع فكان القول (قوله)(١٠)، من "الايضاح" ومن "المحيط" ومن "الجامع" ومن "التجريد" والله اعلم.

---

(١) انظر: الهندية ٥ : ٤٧٠.

(٢) (مني) في أ، ب، ج، وفي : د، هـ: متى، خطأ مطبعي.

(٣) (المرتهن) في: جميع النسخ الخطية والمطبوعة، وفي البدائع والهندية.
والخانية: الراهن: وهو الصحيح لإستقامة المعنى.

(٤) (ينكره) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: ينكر.

(٥) (ايفاء) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: ابقاء، خطأ مطبعي.

(٦) انظر: البدائع ٦:١٧٤، الهندية ٥:٤٧٠، الخانية ٣:٦٠٨.

(٧) انظر: البدائع ٥:٣١.
- وفيها: ان القول قول المشتري مع يمينه، لأن الشفيع يدعي التملك على المشتري بهذا القدر من الثمن والمشتري ينكر فكان القول قوله.

(٨) (او المشتري) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٩) (بما) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: ما.

(١٠) انظر: المرجع السابق، الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير:٣٦١.
- وفيها: ان المسألة مقيدة بعدم نقد الثمن، لأن الثمن إذا كان منقودا فالبائع يعتبر اجنبيا عن الصفقة وليس لقوله اعتبار.

الباب الحادي عشر

في القضاء بأيمان اللعان

حقيقته شهادات مؤكدة مزكات بالايمان موثوقة باللعن والغضب، وسميت ايمانها لعانا لأن فيها ذكر اللعن، وكونها سببا في بعد كل واحد عن صاحبه (١)، وصفتها أن يقول اربع مرات: اشهد بالله اني لصادق فيما رميتها به من الزنا، ويقول في المرة الخامسة : (إن)(٢) لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا.

وتقول المرأة قائمة: اشهد بالله أنه لكاذب فيما رماني (به) (٣) من الزنا، (وتقول في المرة الخامسة: غضب الله عليها إن كان (من) (٤) الصادقين فيما رماني (به) (٥) من الزنا(٦). (٧)

---

(١) انظر: الهداية وشرح فتح القدير ٤:٢٧٨، البدائع ٣:٢٤٢، حاشية رد المحتار ٣:٤٨٢.
- وفيها: ان اللعان في جانب الزوج قائم مقام حد القذف، وفي جانب الزوجة قائم مقام حد الزنا.
- وفيها ايضا: ان اللعان شهادة فيشترط فيها ما يشترط في الشهادات الاخرى من، فلظ اشهد وحضور الحاكم وأهلية الشهادة وقد مر الاستدلال للمسألة في الباب الأول.

(٢) (ان) في ج: وساقطة من: أ، ب، د، هـ.

(٣) (به) في: ج، د،هـ، وساقطة من أ، ب.

(٤) (من) في: ب، د، هـ، وساقطة من أ، ج.

(٥) (به) في: د، هـ: وساقطة من أ، ب، ج.

(٦) (وتقول .... الزنا) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٧) انظر: البدائع ٣:٢٣٨، الهداية وشرح فتح القدير والعناية ٤:٢٨٥.

مسألة :

شرط اللعان قيام الزوجية بينهما نكاحا صحيحا، حتى لا لعان بينه وبين امرأته نكاحا فاسدا، لأن اللعان حكم مختص بقذف الزوجات، ولا زوجية في النكاح الفاسد حقيقة، فلا يمكن شرعه (حال) (١) عدم الزوجية (٢).

مسألة :

ولو التعنا عند الحاكم ولم يفرق حتى عزل، فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما عندهما (٣).

(وقال) (٤) "محمد" : لا يستقبل (٥).

مسألة :

في اللعان يبدأ الزوج (٦)، لأن النبي صلى الله عليه وسلم: «لاعن بين العجلاني وامرأته وبدأ بالزوج» (٧)، ولو التعنت (المرأة) (٨) اولا ثم الزوج تعيد المرأة، لأن الترتيب معتبر حتى يكون على الوجه المنصوص عليه، فان فرق (٩) قبل (الاعادة) (١٠) صح خلافا "للشافعي" (١١) لأن اصل اللعان قد وجد، وفاتت صفته وهو الترتيب، (فيقع)(١٢) حكمه لوجود اصله (١٣).

---

(١) (حال) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: بحال.

(٢) انظر: البدائع ٣:٢٤١، الهندية ١:٥١٥، الخانية ١:٥٤٨.

- وقد استدل الحنفية لشرط الزوجية الصحيحة في اللعان بأن الله تبارك وتعالى خص اللعان بالازواج بقوله تعالى «والذين يرمون أزواجهم» النور/٦، وانه حكم ثبت تعبدا غير معقول المعنى، فيقتصر على ما ورد التعبد به، وإنما ورد التعبد به في الازواج. وعليه فمن طلق زوجته بائنا ثم قذفها بالزنا فلا لعان (البدائع ٣:٢٤١).

(٣) اي عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله. =

....

انظر: الاختيار ٣:١٧٠، حاشية رد المحتار ٣:٤٨٨، الهندية ١:٥١٧.

- وقد استدل الشيخان لرأيهما بان تمام الامضاء في التفريق والانهاء فلا يتناهى قبله فيجب الاستقبال. (انظر: المراجع السابقة).

(٤))وقال) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ولو قال.

(٥) انظر: المراجع السابقة.

- وفيها ان محمدا رحمه الله يقول بأن اللعان قائم مقام الحد فصار كاقامة الحد حقيقة، وذلك لا يؤثر فيه عزل الحاكم وموته.

(٦) انظر: البدائع ٣:٢٣٧، الهداية وشرح فتح القدير ٤:٢٨٥.

(٧) اخرجه مسلم من حديث ابن عمر (٢/ ١٣٠ رقم ١٤٩٣/ اللعان) في قصة عويمر العجلاني. واخرجه البخاري من حديث ابن عباس (الفتح ٩/ ٤٤٥ رقم ٥٣٠٧/ الطلاق/ يبدأ الرجل بالتلاعن) ان هلال بن امية قذف امرأته فجاء فشهد والنبي صلى الله عليه وسلم يقول: ان الله يعلم أن احدكما كاذب، فهل منكما تائب ؟ ثم قامت فشهدت. واخرجه ايضا في (٨/ ٤٩٩ رقم ٤٧٤٧/ التفسير).

(٨) (المرأة) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: امرأة.

(٩) (المرأة . . . فرق) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٠) (الاعادة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الادعاء.

(١١) انظر: مغني المحتاج ٣:٣٧٦.

- حيث ذهب الشافعي - رحمه الله - إلى القول بنقض حكم الحاكم إذا ابتدأ بلعان الزوجة.

(١٢) (فيقع) في: أ، ب، ج، وفي: د، هـ: فيبقى.

(١٣) انظر: البدائع ٣:٢٣٧، الهداية وشرح فتح القدير ٤:٢٨٥، الهندية ١:٥١٦.

- وفيها :- ان الترتيب في اللعان معتبر للحديث السابق، ولو اخطأ القاضي فبدأ بها قبله لا يعتد بلعانها فتعيد بعده لأن اللعان شهادة، والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج فلا يصح إلا بعد وجود شهادته، ولكن القاضي إن لم يعد حتى فرق بينهما، نفذت الفرقة لان تفريقه صادف محل الاجتهاد لأنه قد يرى أن اللعان يمين لا شهادة، ويجوز تقديم احدى اليمينين على الأخرى.

مسألة :

لا عنها بولد (ثم) (١) ولدت إلى سنتين (لزمه) (٢)، لأنها معتدة بالطلاق حكما، (فصارت) (٣) كالمعتدة بالطلاق حقيقة، إذا جاءت بولد إلى سنتين يلزمه الولد، فكذا هذا (٤).

مسألة :

نفى حمل (امرأته) (٥) لا لعان ولا حد عند "ابي حنيفة" (٦) و "عندهما" (٧) (و) "الشافعي" يلاعن (إن) (٨) جاءت به لاقل من ستة اشهر (٩).

---

(١) (ثم) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٢) (لزمه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: صح.

(٣) (فصارت) في: د، هـ، وفي: أ، ب، ج: فصار.

(٤) انظرك حاشية رد المحتار ٣: ٤٨٩.

- وقد قيدت الولادة بالسنتين لأن الحنفية يرون ان اكثر مدة الحمل هي سنتان (انظر: الهداية وشرح فتح القدير ٤: ٣٦٢).

(٥) (امرأته) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: امرأة.

(٦) انظر: الاختيار ٣: ١٧٠، الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٤: ٢٩٣، الهندية ١: ٥١٨.

- وفيها: أن دليل ابي حنيفة - رحمه الله - هو ان القاذف لم يكن متيقنا من وجود الحمل فكأنه صار معلقا للقذف، فكأنه قال، إن كان بك حمل فليس مني، ولا يثبت حكم القذف إذا كان معلقا بالشرط.

(٧) (و) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: وعند.

(٨) (ان) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٩) انظر: المراجع السابقة

- وقد استدل الصاحبان والشافعي رحمهم الله بقصة قذف هلال لزوجته وهي حامل. (انظر: المراجع السابقة).

وما روى عنه عليه الصلاة والسلام: «انه لا عن بين هلال وامرأته وهي حامل» (١) إنما كان لأنه قذف امرأته بالزنا صريحا، فإنه قال: اني وجدت رجلا على بطن امرأتي يخبث بها، أو يحتمل انه (قذفها) (٢)(بالزنا صريحا وأنكر الولد ايضا أن يكون منه، فلا يكون حجة هنا (٣).

(فرع) (٤)

روى "هشام" (٥)عن "محمد" في رجل لاعن امرأته، ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب بولدها، ثم سبيا جميعا، فاشتراهما الزوج، فالولد حر مسلم لأنه حين ولد ولد على فراشه، والنسب وإن انتفى باللعان (لكنه) (٦) مخلوق من مائه، وذلك يكفي لاثبات العتق كولد الزنا، والمرأة أم الولد لا يجوز (له) (٧) بيعها، ولا له أن يقربها، لأنه إذا (اعتق) (٨) الولد، صارت هي ام (ولد له) (٩) إلا أنه لا يقربها، لأن حكم اللعان باق، لأنه لم يتصل به إلا كذاب، وإن اكذب نفسه لا حد عليه، لأنه صار قاذفا لها، وهي امته، (عن) (١٠) "النوادر".

---

(١) اخرجه مسلم (٢/ ١٣٠ رقم ١٤٩٢/ اللعان) من حديث سهل بن سعد الساعدي، واخرجه البخاري ايضا (٩/ ٤٥٢ رقم ٥٣٠٩/الطلاق/ التلاعن في المسجد) لكنه بين ان قوله: " وكانت حاملا " من قول الزهري، وظاهر رواية البخاري في (٨/ ٤٤٨) رقم ٤٧٤٦/التفسير/ أنه من قول سهل والمعنى صحيح فقد اخرج ابو داود (عون المعبود ٦/ ٣٣٧ رقم ٢٢٣٣/النكاح/ اللعان) عن سهل مرفوعا: امسك المرأة عندك حتى تلد) ورجاله ثقات، ويدل عليه ايضا حديث ابن عباس «اللهم بين، فوضعت شبيها بالرجل الذي ذكر زوجها أنه وجده عندها» أخرجه البخاري (٩/ ٤٦١ رقم ٥٣١٦/الطلاق/ قول الامام اللهم بين) ومسلم (٢/ ١١٣٤ رقم ١٤٩٧/اللعان) وفي الباب احاديث اخرى.

(٢) (قذفها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: قذفه.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

- وفيها: ما ذكره المصنف رحمه الله من الرد على استدلال الصاحبين على وجوب اللعان بنفي الولد من قصة هلال.

(٤) (فرع) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: مسألة، سهو.

(٥) هو هشام بن عبد الله الرازي، تفقه على ابي يوسف ومحمد، ومات محمد في منزلة بالري، ودفن في مقبرته، له من التصانيف: النوادر، وصلاة الأثر. (انظر: الفوائد البهية: ٢٢٣).

(٦) (لكنه) في: أ، ب، وفي ج، د، هـ: ولكنه.

(٧) (له) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: لها.

(٨) (اعتق) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: عتق.

(٩) (ولد له) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ولده.

(١٠) (عن) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: من.

(فرع)(١)

امرأة جاءت بولد، فنفاه الزوج، فلاعن القاضي بينهما، فالزمه امه فتزوجت بآخر بعد انقضاء العدة، ثم ادعى (الاول) (٢) الولد المنفي لزمه، ويضرب الحد، لأن (السبب) (٣) المستدعي لثبوت النسب قائم وهو الفراش، (وكذا) (٤) العلوق، وقد امتنع لمانع وهو اللعان وارتفع المانع بالاكذاب، فعمل (السبب) (٥) من "الجامع" (٦).

مسألة :

اتت (بتوأم) (٧) فأقر بالاول، ونفى الآخر يلزمه الولدان، ويلاعن لأن الاقرار باحدهما، اقرار بهما كولد واحد، فانهما خلقا من ماء واحد، ونفي احدهما نفيهما، فصار كأنه اقر بهما ثم نفاهما فلزماه لأنه لا يصدق في النفي بعد الاقرار، ويلاعن لأنه قذف امرأته بالزنا حين نفى الولد الثاني (٨). والله اعلم

---

(١) (فرع) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: مسالة، سهو.
(٢) (الاول) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: الاولى ، تصحيف.
(٣) (السبب) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: النسب.
(٤) (وكذا) في: أ، وفي ب: كذا، وفي ج: وكذلك، وفي د، هـ: ولهذا.
(٥) (السبب) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: النسب.
(٦) انظر: المبسوط ٧:٤٧، ٥٣، الهندية ١:٥١٩، الجامع الكبير:٨٩.
(٧) (بتوأم) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: بتوم.
- و التوأم: ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر.
(انظر: رد المحتار ٣:٤٩١).
(٨) انظر: الهداية وشرح فتح القدير ٤:٢٩٦، حاشية رد المحتار ٣:٤٩١، الاختيار ٣:٤٩١، المبسوط ٧:٤٢.
- وفيها: انه لو نفى الاول، واعترف بالثاني، ثبت نسبهما وحدّ، وأما ثبوت النسب، فلأنهما توأمان خلقا من ماء واحد، فمتى ثبت نسب احدهما باعترافه، ثبت نسب الآخر، ضرورة، وأما اللعان في الصورة الأولى، فلأنه لما نفى الثاني لم يكن مكذبا نفسه، فيلاعن، وأما الحد في الصورة الثانية فلأنه لما نفى الأول صار مكذبا نفسه باعترافه الثاني فيحد.

مسألة :

ذكر" الحسن" : عن "ابي حنيفة" - رحمه الله - امرأة جاءت بثلاثة اولاد في بطن (واحد) (١) فاقر الزوج بالاول (٢)، ونفى الثاني، واقر بالثالث يلاعن، وهم بنوه، وإن نفى الأول، ثم اقر به يحد، لأن الاقرار (بثبوت نسب) (٣) (بعض) (٤) (الحمل) (٥) يكون اقرار بالكل، لأن بعض الحمل لا يختص بالنسب دون البعض، كمن قال يده مني أو رجله مني كان (اقرارا) (٦) (بثبوت نسب بعض المولود منه) (٧)، وإنما وجب اللعان في الصورة الأولى لأنه صح النفي، لأنه باقراره الأول، اثنى عليها وبالثاني قذفها، فصار (قاذفا) (٨) محصنة فيلزمه اللعان، كما لو قال لها ما زنيت، (ثم قال زنيت) (٩)، وأما إذا نفى الأول (وأقر) (١٠) بالثاني (فيقال بنفي الاول) (١١) صار قاذفا لها، وبالاقرار الثاني صار راجعا ومكذبا نفسه فيلزمه الحد (١٢) وكذا في الواحد (١٣) والله اعلم.

---

(١) (واحد) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: واحدة.
(٢) (بالاول) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: قر بالاول.
(٣) (بثبوت نسب) في:د، هـ، وفي أ: نسب بثبوت، وفي ب، ج: بنسب.
(٤) (بعض) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(٥) (الحمل) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: الحال، تصحيف.
(٦) (اقرارا) في: أ، ب، ج: وفي د، هـ: اقرار، خطأ نحوي.
(٧) (بثبوت ... منه) في: د، هـ، وفي أ، ج: بثبوت بعض نسب المولود منه، وفي ب: بثبوت نسب المولود منه.
(٨) (قاذفا) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.
(٩) (ثم قال زنيت) في: ب، وفي ج: ثم زنيت، ساقطة من أ، د، هـ.
(١٠) (واقر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ثم اقر.
(١١) (فيقال بنفي الاول) في أ، وفي: ب، ج، د، هـ: فبالنفي الاول.
(١٢) وهم بنوه (انظر: حاشية رد المحتار ٣:٤٩٢).
(١٣) انظر: شرح فتح القدير ٤:٢٩٦، حاشية رد المحتار ٣:٤٩٢، الهندية ١:٥١٩.

الباب الثاني عشر

في القضاء بشهادة بعض اصحاب الحق

مسألة :

قال "محمد" رجل مات واوصى لفقراء جيرانه، فشهد على ذلك فقيران من جيرانه فشهادتهماجائزة. ولو (شهدا) (١) انه اوصى لفقراء اهل بيته، وهما من اهل (بيته) (٢) لم تجز الشهادة لهما ولا لغيرهما (٣) انظر الفرق في "المحيط".

مسألة :

ذكر "هلال"(٤) في "كتاب الوقف" (٥) رجل وقف على فقراء جيرانه، فشهد رجلان من الجيران. (أو شهدا) (٦) أنه وقف على اصحاب ابي حنيفة رحمه الله، وهما من اصحابه جازت شهادتهما. (٧)

---

(١) (شهدا) في: أ، ب، ج،وفي د، هـ: شهد: خطأ مطبعي.

(٢) (بيته) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: بيته فقيران.

(٣) انظر: شرح فتح القدير ٧: ٤٣١، ٤٣٢، الهندية ٣: ٤٧٩، الخانية ٢: ٢٤٥.

(٤) وهو هلال بن يحي بن مسلم الرائي البصري الفقيه الحنفي ت سنة ٢٤٥ هـ، صاحب كتاب احكام الوقف، تفسير القرآن، كتاب الشروط، (هدية العارفين ٦/ ٥١٠، تاج التراجم: ٨٠).

(٥) الوقف لهلال: ١٢٩- ١٣٠.

(٦) (او شهدا) في ب، وفي أ، ج: او شهد، وفي د، هـ: أو اشهد.

(٧) انظر: شرح فتح القدير ٧: ٤٣٢، الهندية ٣: ٤٧٩، الخانية ٢: ٤٦٧.

مسألة :

شهادة الفقهاء على وقفيه وقف على مدرسة كذا، وهم من تلك المدرسة، تقبل (١).

مسألة :

وفي "الفتـاوى" : رجل وقف وقفا على مكتب في قرية، وعلى معلم ذلك المكتب، وغصب رجل هذا (الوقف) (٢) فشهد بعض اهل هذه القرية، ان هذا وقف فلان بن فلان على مكتب كذا، وليس لهؤلاء الشهود اولاد في المكتب تقبل شهادتهم، فإن كان لهم (صبيان) (٣) في المكتب (فكذلك) (٤) هو الاصح (٥)، انظر "الخلاصة" .

---

(١) انظر: المراجع السابقة.

(٢) (الوقف) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٣) (صبيان) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: صبيا.

(٤) (فكذلك) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: فذلك.

(٥) انظر: المراجع السابقة.

(فرع) (١)

قضى القاضي بشيء للعامة كالطريق، أو (المخاطة) (٢)، أو الموردة(٣) ونحوها، فشهد رجلان عدلان من العامة على ذلك جازت الشهادة.

فان قلت: (وكيف) (٤) تجوز شهادتهم ولهم في ذلك سهم، قلت، هذا (ما) (٥) لا بد منه، لانه لا يوجد احد ليس (له) (٦) سهم وشهد عليه

فرع:

أهل سكة شهدوا بشيءمن مصالح السكة (فان) (٧) (كانت)(٨) (السكة) (٩) غير نافذة لا تقبل. (وفي) (١٠) النافذة ان طلب حقاً لنفسه لا تقبل. وان قال لا آخذ شيئاً تقبل (١١) (وكذا في (وقف المدرسة) (١٢) على هذا. (في (١٣) "فتاوي النفي". وقيل: ان كانت السكة نافذة) (١١) تقبل مطلقاً (١٤) من "الخلاصة".

---

(١) (فرع) في أ، ب، ج، وفي د، هـ : مسالة سهو.

(٢) (المخاطة) في أ، ب، وفي جـ المخاطب، وفي د، هـ: الخاصة، خطأ مطبعي لم استقر فيها على المراد فلعله الطريق التي خطت حديثاً ولعله ما ورد في لسان العرب (٣٩٩/٧) المخاطة: شجرة تثمر ثمراً حلواً لزجا يؤكل، ومناسبتها هنا انها شجرة للعامة.

(٣) الموردة: الطريق إلى الماء (لسان العرب ٤٥٦/٣٠).

(٤) (وكيف) في : أ، ب، ج، وفي د، هـ : كيف، خطأ مطبعي.

(٥) (ما) في أ، ب، ج، وفي د، هـ، مما ، خطأ مطبعي.

(٦) (له) في د، هـ وفي أ، ب، ج : لهم.

(٧) (فان) في ب، وفي ج، وفي د، هـ: ان وساقطة من أ.

(٨) (كانت) في : ب، ج، د، هـ وساقطة من أ.

(٩) (السكة) في : أ، ج، د، هـ ، وساقطة من ب.

(١٠) (وفي) في : أ، ب، د، هـ، وفي ج: في.

(١١) (وقف المدرسة) في : أ، ب، ج، وفي د، هـ: الوقف على المدرسة.

(١٢) (في) في : ب، د، هـ، وفي أ، ج: وفي.

(١٣) (وكذا..نافذة) في : أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٤) أنظر: شرح فتح القدير ٧ :٤٣١، الهندية ٣: ٤٨٠.

مسألة:

ذكر في وصايا "الأصل": لو شهد أربعة نفر اثنان منهم، ان للاثنين على الميت الف درهم، (وشهد) (١) (الاثنان) (٢) (للشاهدين) (٣) الاولين على الميت ألف درهم، جاز عند "ابي حنيفة" و"محمد" رحمهما الله(٤).

وعند "ابي يوسف": لا يجوز لانهم يشتركون في قسمة الدين، لما عرف في كتاب الوصايا(٥).

فرع:

روى "بشر الوليد" (٦): اذا شهد رجلان (لرجلين) (٧) بدين على الميت، وشهد صاحب الدين بدين لهما على الميت فعن "ابي حنيفة" فيها روايتان (٨).

(١) (وشهد) في أ، ب، ج، وفي د، هـ: شهدا.

(٢) (الاثنان) في أ،ج، د، هـ وفي ب: اثنان.

(٣) (للشاهدين) في أ، ب، ج، ،في ب.د: الشاهدين، وينبغي ان تكون (ان للشاهدين).

(٤) انظرك شرح ادب القاضي لابن مازه ٤: ٥٤٠ وما بعدها، شرح ادب القاضي للجصاص: ٧٧١ وما بعدها، روضة القضاة ١: ٢٦٢.

- ان القول بالجواز عندابي حنيفة ومحمد رحمهما الله على رواية الجامع الصغير والجامع الكبير لأن المطلوب لو كان حيأوالمسألة بحالها، كانت شهادة كل فريق منهم جائزة للفريق الآخر على اثبات الدين المطلوب، فكذلك في هذه المسألة، لان الجامع بين المسألتين ان المال المطلوب يثبت في الوجهين جميعاً، اولاً في ذمة المطلوب، وان كان في حالة موته يؤخذ من التركة لبطلان الذمة انظر: المراجع السابقة.

(٥) انظر (المراجع السابقة).

-وأما تفصيل استدلال ابي يوسف رحمه الله، فهو: ان المطلوب. اذا كان ميتاً، فالدين يتعين في التركة، فصار كل واحد من الفريقين قد شهد بثبوت الشركة في عين التركة لصاحبه، فلا يجوز، كما لا يجوز لاحد الشريكين ان يشهد لصاحبه بثبوت الدين على غيره، والجامع بين الصورتين ان المستحق من الدين يكون بينهما في الوجهين جميعاً.

انظر :(شرح ادب القاضي للجصاص: ٧٧٢).

(٦) هو بشر الوليد بن خالد الكندي القاضي، احد اصحاب ابي يوسف روي عنه كتبه وامالیه وولى القضاء ببغداد زمان المعتصم بالله ت سنة ٢٣٨، ذكر اللكنوي علي انه بشر ابن الوليد.

(انظر الفوائد البهية: ٥٤ وما بعدها، طبقات الفقهاء لطاش كبرى زاده ٢٨ وما بعدها).

(٧) (لرجلين) في ب، ج، د، هـ وساقطة من أ.

(٨) انظر: شرح ادب القاضي لابن مازه ٤: ٥٤٠ وما بعدها، شرح ادب القاضي للجصاص ٧٧١، روضة القضاة ١: ٢٦٢.

وفيها: ان شهادة الشاهدين باطلة على الرواية الاولى، جائزة علي الرواية الثانية، وهي رواية الجامع الصغير، والجامع الكبير، وقد مرت في المسألة السابقة.

- وقد ذكر ابن مازة في كتابه شرح ادب القاضي ٤: ٥٤٠ رواية ثالثة عن ابي حنيفة - رحمه الله- رواها عنه الحسن بن زياد وهي انهم ان جاءوا جميعاً وشهدوا فالشهادة باطلة، وان شهد اثنان لاثنين قبلت شهادتهما، ثم ادعى الشاهدان بعد ذلك على الميت فشهد لهم الغريمان الاولان، فشهادتهما جائزة، فصار في المسألة ثلاث روايات.

مسألة :

لو شهد رجلان لرجلين بوصية الثلث وشهد الآخران لهما بوصية الثلث (او بعبد بعينه) (١) لم تجز شهدتهما (٢)، ولو شهد هذان لهذين انه (اوصى) (٣) لشاهديهما بهذة الامة، فشهادتهما جائزة (٤). (وفي) (٥) "المجرد" : اذا كانت الوصية في جنس واحد لم تجز شهادتهما، وفي الجنسين جائزة(٦).

مسألة

روى "(ابن) (٧) سماعة (٨)" عن "ابي يوسف" : لو شهد رجلان لرجلين على رجل بألف درهم، وشهد المشهود لهما للشاهدين على هذا الرجل بألف درهم، والمشهود عليه حي، جاز في قولهم جميعاً. (٩).

---

(١) (او بعد بعينه) في :أ، د، هـ وفي ب: او لعبد بعينه وفي جـ: وبعبده بعينه.

(٢) انظر: شرح ادب القاضي لابن مازه ٤ :٥٤٦، شرح ادب القاضي للجصاص: ٧٧٤ وفيها: ان عدم جواز الشهادة لان صاحب الثلث شريك للآخرين في العبد فلا يجوز.

(٣) (اوصى) في أ، ب، ج، وفي د، هـ: وصى.

(٤) أنظر: المراجع السابقة.

-وفيها ان جواز الشهادة معلل بعدم الاشتراك بينهما في الاستحقاق.

(٥) (وفي) في ب، د، هـ وفي أ، ج: في.

(٦) أنظر: المراجع السابقة.

(٧) (ابن) في أ، ب، ج، وفي د، هـ بن، خطأ لانها لم تقع بين علمين.

(٨) هو محمد بن سماعة بن عبد الله بن وكيع، ابو عبد الله، اخذ الفقه عن ابي يوسف ومحمد والحسن بن زياد، كتب النوادر عن ابي يوسف ومحمد وله ايضاً كتاب ادب القاضي وكتاب المحاضر والسجلات كان مولده سنة ١٣٠ هـ، ووفاته سنة ٢٣٣ هـ .

(انظر: الفوائد البهية: ١٧٠، تاج الترجم: ٥٤ وما بعدها، طبقات الفقهاء لطاش كبرى زاده ٢٧).

(٩) أنظر: شرح ادب القاضي لابن مازه ٤ :٥٤٤.

-وفيه :- ان هذه الشهادة جائزة، لان الشركة لا تثبت، الا يرى أنه لو قبض أحد الفريقين دينه، وهلك مال الفريق الآخر، ليس للفريق الآخر ان يشاركهم فيه.

(١) (مسألة:

رجل سرق من المغنم، فشهد رجلان من أهل الغزو، أنه سرق هذا المتاع، وهو نصاب، جازت شهادتهما عليه في حق الغرم، ولا يقطع لان له فيه نصيباً). (١)

مسألة:

رجل سرق نصاباً من بيت مال المسلمين، فشهد عليه بذلك رجلان من عدول العامة، والمال قائم بيد السارق. قبلت شهادتهما في حقه، وأخذ منه، ولا (قطع) (٢) عليه، لان له حقاً في بيت المال درأ عنه القطع.(٣)

---

(١) (مسالة....نصيبا) في أ، ب، د، هـ وساقطة من ج.

-أنظر المبسوط ٩: ١٨٨

وفيه: انه روى عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه «أنه اتي برجل قد سرق من المغنم، فدرأ عنه الحد، وقال: ان له فيه نصيباً»- سبق تخريجه في الباب الثاني عشر - ولأنه ليس لهذا المال مالك متعين، ووجوب القطع على السارق لصيانة الملك على المالك ولهذا لا يقطع بسرقة مال لا مالك له.

(٢) (قطع) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: صلح.

(٣) أنظر: المبسوط ٩: ١٨٨، الهداية وشرح فتح القدير ٥: ٣٦٧.

- ويستدل للمسألة بما استدل به لسابقتها: فانظره.

الباب الثالث عشر

في القضاء بالشهادات المختلفة، والاختلاف بين الدعوى والشهادة

اعلم أن الاختلاف (١) لا يخلو اما ان يكون في الإنشاء (٢) والاقرار، او في السبب والجهة، او في (الوقت) (٣) والمكان (٤).

أما الاختلاف في الانشاء والاقرار فمثاله: شهد أحدهما بالقتل، والآخر بالاقرار بالقتل. أو شهد أحدهما بالغصب أو الاتلاف، والآخر بالاقرار به. لا تقبل لان اختلافهما في الانشاء والاقرار وقع في الفعل. فمنع قبول الشهادة. وكذلك لو شهد أحدهما انه قتله عمداً بالسيف، والآخر أنه قتله بالسكين (لم) (٥) تقبل، لان القتل (لا)(٦) يتكرر باختلاف الآلة (٧).

مسألة:

ولو شهد أحدهما (بالبيع) (٨) والآخر بالاقرار به. أو أحدهما بالاقراض، والآخر بالاقرار به، تقبل. وكذلك في الطلاق والعتاق بأن شهد أحدهما بالايقاع، والآخر بالاقرار به، لأن صيغة الانشاء والاقرار في هذه التصرفات، واحدة. فإنه يقول في الانشاء بعت وأقرضت، وفي الاقرار كنت بعت وأقرضت، فلم يمنع قبول الشهادة. (٩)

---

(١) اي الاختلاف بين الشهود في الشهادة.

(٢) الانشاء: ايجاد الشيء الذي يكون مسبوقاً بمادة ومدة (التعريفات: ٣٨).

(٣) (الوقت): في أ، ج، د، هـ وفي ب: الوقف.

(٤) أنظر: جامع الفصولين ١: ١١٩.

(٥) (لم)في أ، ب، د، هـ، وفي ج: ولم.

(٦) (لا) أ، ج، د، هـ وفي ب: لم.

(٧) انظر: شرح فتح القدير ٧: ٤٤٣، البناية ٧: ٢٠٧، تبيين الحقائق ٤: ٢٣٢ الدر المختار ٥: ٤٩٤.

- وفيها: ان كل ما هو من الفعل كالشبح والجناية مطلقاً والغصب، او من باب القول المشروط في صحته الفعل كالنكاح المشروط فيه احضار الشهود، فاختلاف الشاهدين في الزمان، أو المكان، أو الإنشاء، أو الاقرار، يمنع القبول لان الفعل غير القول، ولم يتم على أحدهما نصاب.

مسألة:

(لو) (١) شهد أحدهما بانشاء القذف، والاخر بالاقرار به، لا تقبل. وان كان (قولاً) (٢) ، (لان) (٣) في القذف صيغة (الانشاء) (٤) بخلاف صيغة الاقرار، فانه يقول في الانشاء: زنيت، او يا زاني، وفي الاقرار (يقول) (٥) : قذفته، وهما مختلفان لان أحدهما قذف مبتدأ، والآخر حكاية عن القذف(٦).

(فصل) (٧)

وأما الاختلاف في السبب، بأن شهد أحدهما بالهبة، والآخربالصدقة لا تقبل، لانهما شهدا بعقدين مختلفين.(٨)

---

(٨) بالبيع في أ، ج، د، هـ وفي ب: بالقتل.

(٩) انظر: شرح فتح القدير ٧:٤٤٣، البناية ٧:٢٠٧، حاشية، رد المحتار مع الدر المختار:٤٩٤.

(١) (لو) في أ، ب، ج، وفي د، هـ: ولو.

(٢) (قولاً)في أ، ب، د ، هـ، وفي ج: قذفاً.

(٣) (لان) في أ، ب، د، هـ وساقطة من ج.

(٤) (الانشاء): في أ، ب، د، هـ وفي ج: الاستيفاء.

(٥) (يقول) في: ب، ج، وساقطة من أ، د، هـ.

(٦) انظر: الهندية ٣:٥٠٨، شرح فتح القدير٥:٣٤٣، جامع الفصولين ١:١٢٠.

-ونشير إلى ان الخلاف في القذف ان كان في الزمان أو المكان تقبل الشهادة بذلك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما. فان ابا حنيفة رحمه الله يرى ان القذف قول قد يتكرر فيكون حكم الثاني حكم الاول، فلا يختلف المشهود به باختلافهما في الزمان أو المكان. واما الصاحبان فلهما ان الشهادة هي انشاء سبب موجب للحد، فما لم يتفق الشاهدان على سبب واحد لا يقض به، كما لو اختلفا في اقراره بالقذف وانشائه له. (شرح فتح القدير ٥:٣٤٣).

(٧) (فصل)في أ، ب، ج، وفي د، هـ :مسألة.

(٨) انظر المحيط البرهاني المجلد الرابع :ق ٣٠٠

-وفيه: ان عدم القبول لان الهبة مع الصدقة مختلفان لفظاًومعنى أما لفظاً فظاهر، وأما معنى فلأن الهبة يقصد بها وجه الموهوب له، ومكافاته، والصدقة يقصد بها رضي الله تعالى وثوابه.

مسألة :-

ولو ادّعى (على) (١) رجل (ألف) (٢) درهم، فشهد أحدهما على خمسمائة من ثمن عبد (قد) (٣) قبضه، وشهد الآخر (على) (٤) خمسمائة من ثمن متاع قد قبضه، فانه يقضى بخمسمائه (٥). بخلاف ما لو شهد أحدهما انه اشترى منه هذا العبد (ونقده) (٦) الثمن، وشهد الآخر انه وهبه منه، (وسلمه) (٧) اليه. لا يقبل. والفرق ان في حق العين الملك بسبب يخالف الملك (بغير) (٨) سبب، فان الملك بغير سبب يكون ثابتاً في الأصل حتى يستحق بزوائده المنفصلة، وترجع الباعة بعضهم (على بعض) (٩) والملك بسبب، لا يكون ثابتاً من الأصل حتى لا تستحق الزوائد المنفصلة، ولا ترجع الباعة (بعضهم على بعض) (١٠) ، بل ملكاً حادثاً، فتعذر القضاء بالملك بسبب لاختلافهما فيه، وتعذر القضاء بغير سبب لانهما لم يشهدا به، (فأما) (١١) في حق الدين الثابت في (المقبوض) (١٢)(في الحالين (ملك) (١٣) حادث. فكان المقصود ها هنا حاصلاً بأي سبب (ثبت الدين) (١٤) فلم يمنع قبول الشهادة كاختلاف المقر، والمقرّ له في السبب. فلم يمنع صحة الاقرار، من حق العين والدين جميعاً، لان الثابت بالاقرار ملك حادث فكذا هذا. (١٥)

---

(١) (على) في أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(٢) (الف) في : ب، ج، د، هـ، وفي أ: بالف.
(٣) (قد) في أ، ب، ج ، وساقطة من د، هـ.
(٤) (على) في: أ، ب، ج ، وساقطة من د، هـ.
(٥) أنظر جامع الفصولين ١ :١١٧، الهندية ٣ :٤٩٦، فصول العمادي مخطوط ق:٤٧، ب.
(٦) (ونقده): في: أ، ج، وفي ب، د، هـ، ونقد.
(٧) (وسلمه) في: ب، د، هـ، وفي أ، جـ وسلم اليه.
(٨) (بغير) : في: أ، ب، ج ، وساقطة من د، هـ.
(٩) (على بعض) في: أ، ب، ج ، وفي د، هـ: ببعض.
(١٠) (بعضهم على بعض) في: أ، ب، وساقطة من ج وفي د، هـ: ببعض.
(١١) (فاما) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فان.
(١٢) (المقبوض) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: المقرض.
(١٣)(ملك) في ب، ج، د، هـ وفي أ: تلك.
(١٤) (ثبت الدين) في أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ.
(١٥) أنضر جامع الفضولين ١ :١١٨.

مسألة :

عن "ابي ذر" (١) ادّعى (داراً) (٢) (ملكاً) (٣) من الميت، وشهد أحدهما باقرار الميت ببيعها منه، والآخر باقرار الميت أنها دارة، واختلفا في الوقت. ينبغي ان تقبل عن "الفتاوى الصغرى".

مسألة :

ادّعى عليه وديعة (عشرة)(٤) دنانير، فشهد أحدهما ان المدعي اعطاه عشرة دنانير، أمانة، وشهد الآخرانه أعطاه عشرة دنانير، ولم يقل أمانة. لا تقبل وعدم قبولها على جواب "فتاوى النسفي" ليس لاختلاف الشاهدين، فانهما لو شهدا ان المدّعى عليه اعطي هذا المدّعي مائتي درهم، ولم يقولا من جهة الدين، فعلى جواب "فتاوي النسفي" لا يقبل أيضاً. انظر "المنية".

مسألة :

ادّعى المديون ايفاء القرض مائتي درهم، فشهد أحدهما أنه قضاه الدين وشهد الآخر انه اعطاه مائتي (درهم) (٥) . لا تقبل، عن "فتاوى النسفي".

مسألة :

ادّعى مالاً فشهد أحدهما ان المحتال عليه احتال (عن) (٦) غريمه بهذا المال، وشهد الآخر انه كفل عن (غريمه) بهذا المال يقبل. عن "برهان الدين صاحب المحيط" (٧).

مسألة :

شهد أحدهما في دعوى الشتم انه قال له يا فاجر، وشهد الآخر أنه قال له يا فاسق لا تقبل. (عن) (٨) "الفتاوى البخارية".

---

(١) هو القاضي المفتي بيخارى، كان إماما فاضلاً، حافظاً، جميل السيرة، احد المتبحرين في العلوم له: التفسير، والفتاوى. (انظر: الفوائد البهية: ٧٣).
(٢) (داراً): في: أ، ج، د، هـ، وساقطة من ب.
(٣) (ملكاً): في أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(٤) (عشرة): في أ، ب، د، هـ، وفي ج: عشر.
(٥) (درهم): من د، هـ وساقطة من أ، ب، ج.
(٦) (عن): في ب، ج، د، هـ، وفي أ: على.
(٧) انظر: الفتاوى الهندية: ٣: ٣٠٤.
(٨) (عن) : في أ، ج، وفي ب، د، هـ: من.

مسألة:

سرق بقرة واختلفا في لونها.

قال "ابو حنيفة" تقبل شهادتهما. (١).

وقالا: لا تقبل. (٢)

عن "ابي جعفر" رحمه الله (٣) ان هذا الخلاف فيما اذا اختلفا في صفتين متضادتين، كالسواد والبياض، وأما في المتقاربتين، بأن شهد أحدهما على الصفرة والآخر على الحمرة، فانه يقبل، لان الصفرة المشبعة تضرب والحمرة اذا (رقت) (٤) تضرب إلى الصفرة، وكثير من العوام لا يميزون بينهما، وكذلك اذا شهد أحدهما أنها غبراء والآخر أنها بيضاء تقبل بلا خلاف.

وقال في "شرح (السرخسي)" (٥) عن الكرخي غير هذا، فقال: هذا في لونين يتشابهان (كالسواد)(٦) والحمرة، والصفرة (٧)، فأما اذا لم يتشابها لا تقبل عندهم جميعاً. (٨)

---

(١) اي في حق القطع. (انظر: الهداية وشرح فتح القدير ٧:٤٤٤).

(٢) اي قال الصاحبان أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا تقبل في حق القطع.

(٣) هو ابو جعفر الطحاوي.

(٤) (رقت) في: أ، ج، وفي ب: رتت، وفي د، هـ: دقت.

(٥) (السرخسي) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: سرخس.

-والمقصود به المبسوط. (انظره ٩:١٦٢).

(٦) (كالسواد) في أ، ج، د، هـ، وفي ب: عن السواد.

(٧) (اي تقبل الشهادةعند ابي حنيفة رحمه الله علي رأي الكرخي في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة والصفرة.
(انظر: المبسوط ٩:١٦٢، المحيط المجلد ٤: ق٢٩٤ أ).

(٨) انظر المراجع السابقة.

-وفيها: ان الاصح وجود الخلاف بين الامام وصاحبيه فيما اذا اختلف الشاهدان في صفتين متضادتين، او في صفتين متقاربتين. ذلك ان وجه قولهما ان المشهود به اختلف حقيقة على وجه لا يمكنه التوفيق، فلا تقم الشهادة، كما لو شهد احدهما انه سرق بقرة، والآخر انه سرق ثور والدليل عليه: اذا شهدا بالغضب، واختلفا في لون البقرة، فلا تقبل الشهادة مع ان الدعوى في الضمان، والضمان لا يندرئ بالشبهات فلأن لا تقبل الشهادة على السرقة، وقد تعلق بها ما يندرئ بالشبهات أولى.

ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله: انهما اختلفا فيما لم يكلفا نقله، لان بيان لون البقرة ليس من صلب الشهادة، حتى لو سكتا عن البيان، فالقاضي لا يكلفهما ذلك، ويقضي بشهادتهما، والتوفيق ممكن هنا بأن كان احدى شقيها بيضاء والآخر سوداء، والاختلاف فيما لم يكلف الشاهد نقله ان امكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة.

مسألة:

لو ادّعى الفي درهم على رجل فانكر، فشهد (احدهما) (١) بالفين، والآخر بالف، لا تقبل شهادتهما اصلاً عند "ابي حنيفة". (٢)

وعند "صاحبيه": تقبل على الف، لانهما اتفقا (عليه) (٣) ، واختلفا فيما زاد فتقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه. (٤).

"وابو حنيفة" يقول: (اختلفا) (٥) فيما شهدا به فلا تقبل. (اي) (٦) انه كذلك، اذ لفظة الف تغاير لفظة الفين، (والتغاير) (٧) في اللفظ دليل التغاير في المعنى، لان الألفاظ وضعت لتعريف المعاني. (٨)

---

(١) (احدهما) في: أ وفي ب، ج، د، هـ : أحد شاهديه.

(٢) انظر: البناية ٧:٢٠١، مجمع الأنهر ٢:٢٠٦، تبيين الحقائق ٤:٢٣٠.

(٣) (عليه) فيث أ، د، هـ، وفي ب، ج: عليها.

(٤) انظر: المراجع السابقة.

(٥) (اختلفا) في أ، ب، د، هـ، وساقط من ج.

(٦) (اي) في أ، ج، د، هـ، وساقطة من ب.

(٧) (والتغاير) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: والتقابل.

(٨) انظر المراجع السابقة.

-وفيها ان قول الامام مخرج على اصله وهو انه لا بد من اتفاق الشاهدين لفظاً ومعنى، فاختلافهما في الألف والألفين صار كاختلافهما في جنس المال فلا تقبل الشهادة.

فرع:

ولو شهدا بالخلع، او البيع، او الهبة، او الصدقة، او الرهن، او الصلح، واختلفا في المكان أو الزمان قبلت. لانه قول وانه يتكرر وجوده (١): إلا النكاح، فان الاختلاف بين شاهديه (مكانا وزمانا يمنع) (٢) قبول الشهادة (٣).

مسألة:

ولو (شهدا) (٤) بالرهن ومعاينة قبضة، واختلفا في الايام والبلدان جازت، وكذلك الهبة والصدقة، والشراء. (٥)

وقال "محمد": لا تجوز إلا ان يشهدوا باقرار الراهن، أو الواهب، أو المتصدق بالقبض. (٦)

---

(١) انظر: الهندية ٣: ٥٠٨، البناية ٧: ٢٠٧، تبيين الحقائق ٤: ٢٣٢.

(٢) (مكانا... يمنع) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: مكاناً، وزمان، المنع.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

- وفيها: ان النكاح وان كان قولا إلا ان الفعل وهو حضور الشاهدين شرط في صحته، واختلاف الشاهدين في العقد، أو القول الملحق بالفعل كالنكاح يمنع صحة قبول الشهادة، لان الفعل في زمان، أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان آخر، فاختلف المشهود به.

(٤) (شهدا) في: أ، ب، وفي ج، د، هـ: شهد.

(٥) انظر: المحيط البرهاني المجلد ٤ ق ٢٩٣.

- وفيه: ان القول بالجواز هو لابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله، ودليلهما على المسألة ان الشهادة قامت على ما يعاد ويكرر، فاختلاف الشهود من حيث الزمان أو المكان لا يمنع قبولها قياساً على ما لو قامت على القول، بيانه: ان القبض في باب الرهن مما يعاد ويكرر في رهن واحد. فان المرتهن قد يعز الرهن من الراهن، او يغصبه منه الراهن، ويبقى الرهن علي حاله فيعيد المرتهن القبض مرة أخرى.

(٦) انظر: المرجع السابق.

- وفيه: ان وجه قول محمد -رحمه الله- هو ان هذه الشهادة قامت على الفعل وهو القبض، فاختلاف الشهود في الزمان والمكان يمنع قبولها قياساً على القتل والغصب. بخلاف ما إذا شهدوا على الاقرار بالقبض، لانها الشهادة قامت على القول وهو الاقرار. وكذلك الامر في الهبة والصدقة والقبض من البيع الفاسد.

(فصل)(١)

لو إدعاه بسبب كشراء،(أو إرث)(٢)ونحوه،وبرهن على مطلق الملك لا يقبل .
وهذا لو إدعى الشراء من معروف بأن يقول :شريته من فلان بن فلان (الفلاني)(٣)، أما لو ادعاه من مجهول بأن يقول : شريته من محمد أو من أحمد ،فبرهن على الملك المطلق تقبل ،(لأن)(٤) اكثر ما فيه أنه أقرّ بالملك لبائعه ،وهو لم يجز ،لأنه أقرّ لمجهول ،وهو باطل ،وكأنه لم يذكر الشراء، وهناك تقبل البينة على الملك كذا هنا.

(ذكر)(٥) في "فتاوى رشيد الدين" وقال :قيل :لا تقبل في المجهول ،لأنهم شهدوا (باكثر)(٦) مما يدعيه هو،ولأنه لما ادعى الشراء أقرّ أنه ملكه بسبب لا (مطلقاً)(٧) فلا تقبل ولو ادعى ملكاً مطلقاً وشهدوا بملك بسبب تقبل، شهادتهما بأقل مما ادعاه أو شهدا بملك حادث فينبغي هنا للقاضي أن يسأل أنه يدعي الملك بهذا السبب الذي شهدا به،أو بسبب آخر؟ .

فلو قال أدّعيه (بهذا)(٨) السبب .تقبل البينة،ويحكم له بالملك بهذا السبب ،ولو ذكر (سبباً)(٩) آخر ،وقال :لا أدعيه بهذا السبب،لا تقبل شهادتهما.(١٠)

مسألة :

ادعى مهر اخته خمسين ديناراً نيسابورية، وشهد شهوده بخمسين محمودية. تقبل لأنهم شهدوا بالأقل. قاله «عبدالجبار»، وكذا عن «السايحاني»(١١)، وعلى العكس لا تقبل.

---

(١) (فصل) في: أ،ب،ج، ،وفي د،هـ : مسالة.
(٢) (أو إرث) في: أ،ب،ج ،د،هـ ،وفي ب : وارث.
(٣) (الفلاني) في : ب،ج،د،هـ ،وفي أ : العامي.
(٤) (لأن) في : ب ،وفي أ،ج،د،هـ : لأن.
(٥) (ذكر) في ج ،وفي أ،ب،د،هـ: وذكر.
(٦) (باكثر) في: ب،د،هـ،وفي أ،ج:اكثر.
(٧) (مطلقاً) في: أ،ب،د،هـ،وفي ج:مطلق.
(٨) (بهذا) في: أ،ب،د،هـ وفي ج: هذا.
(٩) (سبباً) في: د،هـ،وفي أ،ب،ج:شيئاً.
(١٠) انظر: جامع الفصولين ١١٦/١.
(١١) لم أعرفه

مسألة :

ادعي نتاجاً(وشهدا)(١)(بسبب)(٢) ترد(٣).

مسألة :

لو ادعى مطلقاً وشهد أحدهما بمطلق والآخر بسبب (قبلت)(٤). بخلاف عكسه، ويحكم بملك حادث فلا يكون له الزوائد . "من الفتاوي الرشيدية"(٥).

مسألة :

قال "اسماعيل المتكلم"(٦) : ادعي على آخر ديناً على مورثه، وشهدوا أنه كان له على الميت دين ، لا تقبل حتي يشهدوا أنه مات وهو عليه . "من القنية"

وفي المحيط خلافه ،وأفتى "برهان الدين" بهذا الجواب مدة ثم رجع عنه بقوله: إنما تقبل إذا شهدوا أنه مات وعليه هذا الدين مذهب مرجوع عنه، ولينظر في أول الشهادات من "المحيط"(٧).

مسألة:

ومنها شهدوا على إقرار رجل بدين، وقال المشهود عليه: (أتشهد)(٨) أن هذا القدر عليّ الآن ؟ فقال : لا أدري أهو عليك الآن أم لا؟(لا)(٩) تقبل شهادته (١٠).

---

(١) (وشهدا) في : أ،هـ،وفي ب،ج،د: شهد.

(٢) (بسبب) في: أ،ج،د،هـ،وفيب: لسبب.

(٣) انظر جامع الفصولين ١/١١٦.

(٤) قبلت في د،وساقطة من أ،ب،ج،هـ.

(٥) انظر: شرح فتح القدير ٧/ ٤٣٤،جامع الفصولين ١/ ١١٦.

(٦) هو اسماعيل بن يعقوب بن اسحاق بن بهلول الأنباري ،إمام كبير يلقب بقاضي القضاة ولد سنة ٢٥٢هـ بالأنبار وتوفي فيها سنة ٣٣١هـ . صنف شرح على كتاب الكافي للصدر الشهيد.
انظر:(الجواهر المضية ١/ ٤٣٧، الطبقات السنية ١/ ٢١٥).

(٧) انظر: جامع الفصولين ١/ ١١٧.

(٨) (أتشهد) في: أ،ب،ج،هـ،وفي د:أشهد).

(٩) (لا) في : ب،ج،د،هـ،وساقطة من أ.

(١٠) انظر: جامع الفصولين ١/ ١١٧.

فرع :

لو أقـر بدين عند رجلين ثم شـهـد عـدلان عند الشـاهدين (لأنه قـضى) (١) دينه، (فشاهدا)(٢) إقراره يشهدان أنه كان عليه ولا يشهدان (أنه) (٣) عليه .

وكـذا لو شـهـد أحـدهـما (أنه)(٤) ملكـه والآخـر أنه كـان ملكـه (تقـبل)(٥) شهادتهما، لإتفاقهما أنه له في المآل معني (لما)(٦) مرّ .

وكذا الشهادة على النكاح والإقرار . "انظر المحيط"(٧).

فرع :

ادعت نكاحه فشهد أحدهما أنها امرأته ،والآخر أنها كانت امرأته تقبل .وكذا لو شهـد أنه أقـر انها امـرأته ،والآخر انهـا كانت امـرأته ،لأن الشهـادة باقراره بنكـاح كان شهادة بنكاح (حالي)(٨) لأن ما يثبـت يبقى،فعلى هذا لو ادعى ملكاً مطلقـاً ،وشهدا أنه ورثه من أبيه ،ولـم يتعـرضا للملك في الحال ، (او(شهدا)(٩) أنه(شراه)(١٠) من فلان، ولم يتعـرضا في الحال) (١١) بأن (لم)(١٢) يقـولا هو ملكه في الحال يـقبل.لكن ينبـغي للقاضي ان يسـأل شهوده (هل)(١٣) تعلمـون أنه خـرج عن ملكه؟ وكـذا لو ادعى انهـا امرأتي ،أو مـنكوحتي،(وشـهدا)(١٤) أنه كـان تزوجـهـا ،ولـم (يتـعـرضـا)(١٥) للحـال تقـبل. وهذا الذي ذكـرنا إذا (شـهـدا)(١٦) بملك في المـاضي ،أمـا لـو شـهــدا بيــد في الماضي،بأن ادعى داراً بيـد رجل ،فشـهد انه كـان بيـد المدعي لا يقبل ،ولا يقـضى في ظاهر الرواية لأنهما(شهدا)(١٧) (بيده)(١٨) في الماضي ،وقد عرف الخروج من يده بيقين، بخلاف ما (لو)(١٩) شهدا بملك في الماضي(٢٠).

---

(١) (بانه قضى) في: أ،ب،د،هـ،وفي ج: لأنه قضى.

(٢) (فشاهدا) في: أ،ب،ج،وفي د،هـ: فشاهد.

(٣) (انه) في: أ،ب،د،هـ،وفي ج: انها.

(٤) (انه) في: أ،ب،د،هـ،وفي ج: انها.

(٥) (تقبل) في: أ،ب،ج،وفي د،هـ: لا تقبل.

(٦) (لما) في: أ،ج،د،هـ، وفي ب : كما.

(٧) انظر: جامع الفصولين ١/١١٨.

(٨) (حالي) في: ب،ج،د،هـ، وفي أ : حال.

(٩) (شهدا) في: أ،ب،ج،هـ، وفي د: شهد.

(١٠) (شراه) في: أ،ب،ج، وفي د،هـ: إشتراه.

"وعن أبي يوسف " : أنه يقبل .

ولو شهدا بإقرار المدعى عليه أنه كان بيد المدعى يقبل . ولو ادعى ملكاً في الماضي، وشهدا به في الحال بأن قال : كان (هذا)(١) ملكي ،وشهدا(به)(٢) له، قيل : يقبل . وقيل: لا ، وهو الأصح. وكذا لو ادعى أنه كان له ، وشهدا أنه كان له لا يقبل ،لأن اسناد المدعي يدل على نفي الملك في الحال ،اذ لا فائدة للمدعي في الإسناد مع قيام ملكه بخلاف الشاهدين لو اسندا ملكه الى الماضي ،لأن اسنادهما لا يدل على النفي في الحال ،إذ لهم فائدة سوى النفي في الحال ،(وهي)(٣) أن يشهدا بما (عاينا)(٤) من ملكه بيقين، ولا يشهدا ببقاء الملك في الحال لأنهما لا يعرفان بقاءه إلا (باستصحاب)(٥) الحال ،والشاهد قد يحترز عن الشهادة بما ثبت باستصحاب الحال لعدم تيقنه ، بخلاف المالك لأنه كما يعلم ثبوت ملكه يقيناً ،يعلم بقاءه يقيناً.انظر "فتاوى رشيد الدين" .(٦)

---

(١١) (أو شهدا . . . الحال) في : ب،ج،د،هـ، وساقطة من أ.

(١٢) (لم) في: أ،ب،د،هـ، وساقطة من ج.

(١٣) (هل) في : أ،ب،ذ،هـ، وفي ج : وهل.

(١٤) (وشهدا) في: ب،ج،د، هـ، وفي أ: وشهد.

(١٥) (يتعرضا) في: ب،ج،د،هـ،وفي أ : يتعرض.

(١٦) (شهدا) في: أ،ب،ج،هـ، وفي د : شهد.

(١٧) (شهدا) في: أ،ب،ج،هـ، وفي د : شهد.

(١٨) (بيده) في: أ،ب،د،هـ، وفي ج:بيد.

(١٩) (لو) في: ب، وفي د، هـ : إذا،وساقطة من أ،ج.

(٢٠) انظر : جامع الفصولين ١١٨/١ .

(١) (هذا) في: أ،د،هـ، وساقطة من ب،ج.

(٢) (به) في : أ، ج، وفي ب، د، هـ: أنه.

(٣) (وهي) في: ب،د،هـ، وفي أ: وهما، وفي ج : وهو.

(٤) (عاينا) في: أ،ب،ج،هـ، وفي د: عاينه.

(٥) (باستصحاب) في: ب،ج،د،هـ، وفي أ : بالإستصحاب.

(٦) انظر: جامع الفصولين ١١٨/١.

الباب الرابع عشر

في القضاء بشهادة السماع

قال بعضهم(١): شهادة السماع لها ثلاث مراتب.

المرتبة الأولى: تفيد العلم، وهي (المعبر) (٢) عنها بالتواتر، كالسماع بان مكة (شرفها الله تعالى) (٣) موجودة، ومصر ونحو ذلك فهذه اذا حصلت، كانت بمنزلة الشهادة بالرؤية، وغيرها مما يفيد العلم(٤).

المرتبة الثانية: شهادة الاستفاضة، وهي تفيد ظناً قوياً يقرب من القطع، وترفع عن شهادة السماع. مثل أن يشهد ان نافعاً مولى ابن عمر، وان عمر بن الخطاب، وان علياً بن ابي طالب رضي الله عنهم وان لم يعلم (لذلك) (٥) أصلاً فيجوز الإسناد إليها.(٦)

ومنها: اذا (رؤي) (٧) الهلال رؤية مستفيضة، ورآه الجم الغفير من أهل البلد وشاع أمره فيهم (لزم) (٨) الصوم، او (الفطر) (٩) من رآه، ومن لم يره، وحكمه حكم الخبر المستفيض، لا يحتاج فيه إلى شهادة عند الحاكم ولا تعديل. (قاله) (١٠) بعضهم.(١١)

---

(١) هذا القول هو لابن راشد من المالكية. (انظر: تبصرة الحكام ١: ٢٦٧).

(٢) (المعبر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: المعتبر.

(٣) (شرفها الله تعالى) في ب، ج، وساقطة من أ، د، هـ.

(٤) أجاز الحنفية الاستناد إلى تواتر الخبر في الشهادة فيما تجوز به الشهادة تسامعاً. (انظر: شرح فتح التدبير ٧: ٣٨٨).

(٥) (لذلك) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: بذلك.

(٦) أجاز الحنفية الشهادة بالاستفاضة والشهرة في موضوع الدخول والنسب.
انظر: شرح فتح القدير ٧: ٣٨٩، ٣٩٠.

(٧) (رؤي) في د، هـ، وفي أ، ب، ج: رأي.

(٨) (لزم) في أ، د، هـ وفي ب، ج: لزمه.

(٩) (الفطر) في ب، ج، د، هـ، وفي أ: النظر.

(١٠) (قاله) في ج، وبتصره الحكام ١: ٣٤٦، وفي أ، ب، د، هـ: قال.

(١١) وهذا القول منسوب الى الطرطوشي من المالكية
(انظر: تبصرة الحكام: ١: ٢٦٧).

ومنهـا: استـفاضـة التعـديل والتجـريح عند قوم، ومـا يستـفيض عند الحـاكم من ذلك.(١)

قال بعضهم (٢): من الناس من لا يحتـاج ان (يسـأل) (٣) عنه الحاكم، لاشـتهار عدالته، ومنهم من (لا) (٤) يسأل عنه لاشتهار (جرحته) (٥)، و (انما) (٦) يكشف عمن اشكل، وقد شهد ابن ابي حازم (٧)، عند قاضي المدينة او عاملها فقال: أما الاسم فاسم عـدل، ولكن من يعـرف أنك ابن ابي حـازم فدّل هذا على ان عـدالة ابن ابي حـازم لا يحتاج ان يسأل عنها، وهو لا يعرف شخـصه لشهرته بالعدالة، بل (سأل) (٨) ان يشهد عنده (على) (٩) عين ابن ابي حازم.

(١) انظر: بتصرة الحكام ١ :٢٦٧.
(٢) هذا القول لمحمد بن عبد الحكم من المالكية. التبصرة: ١ :٢٦٧.
(٣) (يسال) في أ، ج، د، هـ وفي ب يساله.
(٤) (لا) في :ب، وساقطة من أ، ج، د، هـ.
(٥) (جرحته) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب، جراحته.
(٦) (وانما) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: وان.
(٧) هو عبد العزيز بن أبي حـازم، واسم أبي حازم: سلمة بن دينار الفقيه الأعرج. كان صدوقـا ثقة، اماما في العلم، وكـان امام الناس بعـد مالك تـوفي في الروضة بمسـجد الـنبي عليه السـلام سنة ١٨٤ هـ. (انظر: الديبـاج المذهب ٢ :٢٣، ترتيب المدارك ٣:٩-١٢)
(٨) (سال) في: أ، د، هـ وفي: ب، ج: يسال.
(٩) (على) في: أ، ب، د، هـ وساقطة من ج.

المرتبة الثالثة(١): شهادة السماع، (وهي التي) (٢) يقصد الفقهاء (الكلام) (٣) عليها، فالشهادة بالشهرة والتسامع تقبل في أربعة أشياء بالاجماع وهي: النكاح، والنسب، والموت، والقضاء. لان هذه الأشياء مما يشتهر ويستفيض فالشهرة والاستفاضة أقيمت مقام العيان والمشاهدة كالأخبار اذا اشتهرت (عن) (٤) النبي عليه الصلاة والسلام كان بمنزلة السماع منه.

ألا يرى انا نشهد ان نافعاً (مولى) (٥) ابن عمر، (وان عمر) (٦) بن الخطاب، وأن علياً بن ابي طالب وان عبد الله بن مسعود، وان لم ندرك هؤلاء (٧).

---

(١) هذا التقسيم تابع لتقسيم ابن راشد السابق، ولكن بقية الكلام هو للمذهب الحنفي كما سيأتي.
(٢) (وهي التي) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: وهو الذي.
(٣) (الكلام) في : أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.
(٤) (عن) في:ج،وفي :أ،ب،د،هـ: من.
(٥) (مولى) في: ب، ج، د، هـ وفي أ: مولا.
(٦) (وان عمر) في أ، ب، ج، هـ، وساقطة من د.
(٧) انظرك المبسوط ١٦:١٤٩، الهندية ٣:٤٥٧، جامع الفصولين ١:١٢٤ خزانة الفقه ١:٣٨٩.

ثم الشهرة في هذه الأشياء تثبت (بطريقتين) (١) (احداهما) (٢) حقيقية، (والأخرى)(٣) حكمية.

أما الحقيقية: بأن يخبره جماعة لا يتوهم (تواطؤهم) (٤) على الكذب، (فتتابع) (٥) الأخبار، (وتشتهر) (٦). (٧)

وأما الحكمية: ان يشهد عنده رجلان عدلان، أو رجل وامرأتان بلفظة الشهادة في النكاح، والنسب، والقضاء، لأن لفظة الشهادة (مما) (٨) تثبت بالمعاينة، ولا تثبت بلفظة الخبر، فقامت شهادة اثنين مقام الخبر عن جماعة لا يتوهم (تواطؤهم) (٩) على الكذب في اثبات الشهرة (والاستفاضة) (١٠) حكماً واعتباراً. ولكن هذا إذا شهد عنده من غير (استشهاد) (١١) (الذي) (١٢) (قال) (١٣) أنا (فلان) (١٤) بن فلان الفلاني، حتى اذا (لقي)(١٥) رجلان رجلين عدلين شهدا عنده (على نسبه) (١٦)، من غير استشهاده، وعرفا حاله وسعه ان يشهد، وان أقام هذا الرجل شاهدين عنده شهدا على نسبه (١٧).

---

(١) (بطريقتين) في: د، هـ، في: أ، ب، ج: بطريقين.

(٢) (احداهما) في د، هـ، في: أ، ب، ج: أحدهما.

(٣) (والأخرى) في د، ج، وفي: أ، ب، ج: والآخر.

(٤) (تواطؤهم) في: أ، هـ، د ،هـ، وفي ب: تواطئهم.

(٥) (فتتابع) في: أ، ج، د ،هـ وفي ب: فتتشايع.

(٦) (وتشتهر) في :في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فتشتهر.

(٧) انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٤: ٣٨١، البناية ٧: ١٥٢.

-والاشتهار حقيقة باخبار جماعة لا يتوهم تواطؤهم على الكذب هو رأي الامام أبي حنيفة رحمه الله. (انظر: جامع الفصولين ١: ١٢٤).

(٨) (مما) في: ج، وفي :أ، ب، د، هـ، كما.

(٩) (تواطؤهم) في: أ، د، هـ وفي ب، ج، تواطيئهم.

(١٠) (والاستفاضة) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: الاستفاضة.

(١١) (استشهاد) في: أ، د، هـ، وفي ب: استشهادة، وفي ج: استشهادها.

(١٢) (الذي) في أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٣) (قال) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: وقال.

(١٤) (فلان) في: في أ، ب، د، هـ، وفي ج: فلاناً.

(١٥) (لقي) في ب، ج، د، هـ وفي أ: القى

(١٦) (على نسبه) في في: أ، ب، د ،هـ وساقطة من ج.

(١٧) أنظر المراجع السابقة وفيها: ان الاشتهار الحكمي منقول عن الصاحبين رحمهما الله والفتوى على قولهما.

مسألة :

الموت يثبت بالشهرة بخبر الواحد العدل رجلاً كان أو امرأة، ولا يشترط فيه لفظة الشهادة، لان الموت، قد يتفق في موضع لا يحضره إلا الواحد فلو لم يثبت بالشهرة بقول الواحد، لضاعت الحقوق المتعلقة بالموت.

فلهذه الضرورة (يثبت) (١) الاشتهار بخبر الواحد، لأن في اشتراط العدد في الموت حرجاً، لأنه لا يقوم بمباشرة أسبابه من الغسل وغيره إلا واحد، وبالجملة اذا شهد جنازته او دفنه، او أخبره بموته من يثق به فإن له أن يشهد بموته على البتات. حتى انه لو (قيدها) (٢) بذلك لا تقبل(٣).

وفي الموت مسألة عجيبة، وهي أنه إذا لم يعاين إلا واحد،ولو شهد عند القاضي لا يقضي بشهادته وحده ماذا يصنع؟

قالوا: يخبر (بذلك) (٤) عدلاً مثله، فاذا سمع منه حلّ له ان يشهد على موته، (فيشهد) (٥) مع ذلك الشاهد، فيقضى بشهادتهما (٦) انظر "الخلاصة".

---

(١) (يثبت) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: ثبت.

(٢) (قيدها) في :ب، وفي أ، ج، د، هـ قيد.

والمقصودك انه قيد شهادته بالسماع.

(٣) انظر: المحيط المجلد الرابع: ق ٢٣٥، شرح ادب القاضي لابن مازة ٤ :٣٨٨ البناية ٧ :١٥٣، جامع الفصولين: ١ :١٢٤.

- وقد ذهب صاحب جامع الفضولين إلى القول بان الموت يكون بين جماعة غالباً لذلك لا يكتفى فيه بخبر الواحد وهو خلاف المنصوص عليه في المذهب (انظر : جامع الفصولين١ :١٢٤).

(٤) (بذلك) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: ذلك.

(٥) (فيشهد) في : أ، ج، د ،هـ وفي ب فشهد.

(٦) انظرك البناية ٧ :١٥٣

-وفيها: ان هذه المسالة ليس فيها رواية عن اصحاب المذهب بل هي منقولة عن الشيخ العلاء -رحمه الله- شيخ صاحب البناية.

تنبيه : -

لو جاء خبر موت انسان، فصنعوا ما يصنع على الميت لم (يسعك) (١) ان تشهد بموته، لان المصايب قد تتقدم على الموت إما خطأً، او غلطاً، او حيلة لقسمة المال، فلا (تسمع) (٢) الشهادة عليه، ما لم يثبت بخبر من يثق به (٣).

فأما الشهادة في الأملاك والطلاق، والعتاق، لا تحل بالشهرة والتسامع (٤) خلافاً "لمالك" (٥) و "الشافعي" (٦) و(سنورد) (٧) ما قالوا به في مذهبهم.

مسألة :

لو قال رجل لامرأة: سمعت من الناس أن زوجك فلاناً مات. جاز لها أن تتزوج، إن كان المخبر عدلاً، ولو أن المرأة اذا تزوجت بزوج آخر ثم أخبرها جماعة أن زوجها حي، إن صدّقت الاول فالنكاح (جائز) (٨) هذا في "فتاوى النسفي" (٩).

وفي "المنتقى" لم يشترط تصديق المرأة ولكن شرط العدالة في المخبر(١٠).

---

(١) (يسعك) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: يعك.

(٢) (تسمع) في في أ، ب، د، هـ، وفي ج: يسع.

(٣) أنظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٣٩١:٤ ، جامع الفصولين ١٢٥:١، المحيط المجلد ٤: ق ٢٣٦.

- وفي جامع الفصولين ١٢٥:١ نقلاً عن السير الكبير: انه يجوز الاعتماد على قول من جاء عند الموت لو لم يكن متهماً فيه بأن لم يكن من ورثته ولا موصى له، وإلا فلا يعتمد على خبره، لانه يجرّ به نفعاً لنفسه، فيكون متهماً كفاسق.

(٤) أنظر: المحيط المجلد ٤: ق ٢٣٤، الهندية ٤٥٨:٣، شرح ادب القاضي لابن مازه ٣٩٦:٤.

(٥) انظر مذهب مالك رحمه الله في تبصرة الحكام ٢٨٠:١، مواهب الجليل والتاج والاكليل. ١٩١:٦.

(٦) انظر مذهب الشافعي رحمه الله في: ادب القضاء لابن ابي الدم: ٣٦٤، وما بعدها، مغنى المحتاج ٤٤٨:٤، المهذب ٣٣٥:٢.

(٧)(وسنورد) في: في أ، ب، د، هـ، وفي ج: ساورد.

(٨) (جائز) في: ب، ج، د، هـ، و في أ: جائزة.

(٩) أنظر: شرح فتح القدير ٣٩١:٧، البناية ١٥٣:٧ ، جامع الفصولين١ ١٢٥:.

(١٠) أنظر: المراجع السابقة.

- وفيها: ان رشيد الدين رحمه الله قال: تجوز الشهادة بالتسامع على الموت اذا كان الرجل معروفاً بان كان عالماً أو من العمال، اما إن كان تاجراً أومن هو مثله لا تجوز الشهادة إلا بالمعاينة.

فرع:

لو أخبرها واحد بموت الغائب، وأخبرها (اثنان) (١) بحياته، (ان) (٢) كان المخبر (بالموت) (٣) (شهد) (٤) انه عاين موته، أو شهد جنازته (وكان) (٥) عدلاً، وسع (المرأة)(٦)، ان تتزوج بآخر، بعد انقضاء العدة، هذا اذالم يؤرخا، أمّا اذا أرّخا وتاريخ شاهدي الحياة، بعد تاريخ (شاهد) (٧) الموت، فشهادة شاهدي الحياة أولى. "انظر فتاوى (الفضلي)" (٨) (٩).

مسألة:

النكاح: اذا رأى العرس،أو الزفاف، أو أخبره رجلان عدلان، أو رجل وامرأتان، بأن (هذه) (١٠) امرأة فلان جاز له أن يشهد على البتات، ولو قيدها لا تقبل(١١).

مسألة:

النسب: لو سمع الناس يقولون: (إن) (١٢) هذا ابن فلان، أو أخوه، أو أخبره بذلك عدلان جاز أن يشهد به. (١٣)

---

(١) (اثنان) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: الثاني.
(٢) (ان) في ب، ج، د، هـ، وفي أ: وان.
(٣) (بالموت) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ. بموته.
(٤) (شهد) في: ب، ج، د، هـ وفي أ: وشهد.
(٥) (وكان) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: أو كان.
(٦) (المرأة) في ب، وفي أ، ج، د، هـ: للمراة.
(٧) (شاهد) في أ، د، هـ، وفي : ب، ج: شاهدي.
(٨) (الفضلي) في: أ، ج، د ،هـ وفي ب: الفضلين.
(٩) أنظر: شرح فتح القدير ٧: ٣٩٠.
- وقد نسب الكمال بن الهمام هذه المسألة الى الخلاصة ، وليس إلى فتاوي الفضلي (انظر: المرجع السابق).
(١٠) (هذه) في ب، ج، د، هـ، وفي أ: هذا.
(١١) أنظر: المبسوط ١٦: ١٥، شرح ادب القاضي لابن مازه ٤: ٣٩٢.
-ويقصد بالشهادة على البتات: اي على القطع، بأن تكون شهادته مطلقة وليست مفسرة بالشهادة بالسماع، اما اذا فسّر للقاضي انه شهد عن تسامع بين الناس لم تقبل شهادته. (انظر الهداية وشرح فتح القدير٧: ٣٩٠).
(١٢) (ان) في أ، ج، وساقطة من ب، د، هـ.
(١٣) انظر: شرح أدب القاضي لابن مازه ٤: ٣٧٩ وما بعدها، والمراجع السابقة.

مسألة :

ولاية الحاكم: (فانه) (١) اذا سمع الناس يقولون هذا قاضي بلد كذا، جاز له أن يشهد به، لان العلم بهذه الأشياء يقع بهذه الطريقة، إلا يرى أنا نشهد بخلافة الخلفاء الراشدين، والقضاة المتقدمين كشريح وغيره، وأنساب الصحابة رضي الله عنهم، وان لم نشهد (عقد) (٢) ولا يتهم، ولا نسب أنسابهم، فهذه الأربعة (٣) تثبت بالشهرة والتسامع بالاجماع (٤).

---

(١) (فانه) في أ، ب، ج وساقطة من د، هـ.

(٢) (عقد) في ب، ج، د، هـ، وفي أ: عهد.

(٣) اي: النسب، والموت، والنكاح، والقضاء.

(٤) أنظر جامع الفصولين ١: ١٢٤، شرح ادب القاضي لابن مازه ٤: ٣٧٩، الهندية ٣: ٤٧٥.

-والمقصود بالاجماع: هو اجماع أصحاب المذهب، لان هنالك اشياء مختلف فيها بينهم كما سياتي. (انظر: المراجع السابقة).

مسألة (١)

وكذا الولاء على قول "أبي يوسف" الأخير (٢)، وأما على قول "أبي حنيفة" و"محمد" وهو قول "أبي يوسف" الاول، لا يجوز له أن يشهد بالولاء ما لم يعاين(٣).

---

(١) (مسألة): في أ، ب، ج، وفي د، هـ فرع.

(٢) أنظر: الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٧:٣٩٢، البناية ٧:١٥٥ شرح أدب القاضي لابن مازه ٤:٣٩٦ وما بعدها، المبسوط ١٦:١٥١، ١٥٢.

- وفيها: ان ابا يوسف رحمه الله كان يقول بعدم جواز شهادة التسامع في الولاء ثم رجع عن هذا القول مستدلاً بقول النبي صلى الله عليه وسلم: « الولاء لحمة كلحمة النسب».

- جاء من حديث ابن عمر أخرجه الشافعي في الأم (٤/ ١٢٥ الولاء والحلف) و (٦/ ١٨٥/ بيان معنى البحيرة) ومن طريقة الحاكم في المستدرك (٤/ ٣٤١) والبيهقي في بيان خطأ من أخطأ على الشافعي (٢٩٠-٢٩١) والسنن (١٠/ ٢٩٢) وهو حديث غير محفوظ، اختلف في اسناده ومتنه، والمحفوظ هو نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته».

ورجح أبو حاتم في العلل أنه موقوف على ابن عمر (١/ ٣٧٩) و (٢/ ٥٣).

وجاء ايضاً من حديث عبد الله بن أبي اوفى أخرجه ابن عدي (٥/ ١٩٨٨) والطبري في تهذيب الآثار(الجوهر النقي/ هامش السنن الكبرى ١٠/ ٢٩٤) والطبراني (نصب الراية ٤/ ١٥٢).

وفي إسناده عبيد بن القاسم الأسدي وهو قدوك متهم، وقد أخطأ ابن التركماني في توثيق رجاله، وتبعه الحافظ في التلخيص (٤/ ٢١٤) وسبب وهمه أنه وقع عنده، عبثر بن القاسم وهذا من رجال الجماعة، وهو خطأ قطعاً من غير احتمال، ولكن الحافظ سلك الجادة في الفتح (١٢/ ٤٤) وعد الحديث غير محفوظ.

وجاء أيضاً من حديث أبي هريرة أخرجه ابن عدي (٧/ ٢٦٤٧) والبيهقي في السنن (١٠/ ٢٩٣) وهو غير محفوظ، وفيه يحيى بن أبي أنيسة الجزري تركه جماعةوكذبه أخوه زيد.

وجاء أيضاً عن ابن عباس بلفظ: الولاء ليس بمتول ولا متنقل،اخرجه ابن أبي حاتم في العلل (٢/ ٥١).

البزار (كشف الأشار ٢/ ١١٠ رقم ١٣٢١) والعقيلي في الضعفاء (٤/ ١٨١-١٨٢) والطبراني في الكبير (١٠/ ٣٤٩ رقم ١٠٦٨٤) وفي إسناده المغيره بن جميل الكندي مجهول، والحديث منكر، قاله أبو حاتم.

وجاء أيضا باللفظ الأول عن الحسن البصري مرسلا، اخرجه البيهقي في السنن (٦/ ٢٤٠) و (١٠/ ٢٩٢)

وبيان خطأ من أخطأ على الشافعي (٢٩٥) ورجاله إلى الحسن ثقات، إلا أن في إسناده هشام بن حسان القردوسي، وفي حديثه عن الحسن فقال: لأنه كان يرسل عنه، ومراسيل الحسن أيضاً ضعيفة.

والخلاصة أن الحديث غير محفوظ مرفوعاً. وإنما ورد موقوفاً على بعض الصحابة، والتابعين

- وفي النسب تجوز شهادة التسامع فكذا في الولاء، وكذلك استدل ابو يوسف رحمه الله بأنا نشهد ان قنبر مولى علي رضي الله عنه، وعكرمة مولى ابن عباس رضي الله عنهما، ولم ندرك ذلك. فكان شهادة على الولاء بالتسامع، ولان الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد مضي قرن كالحكم المتعلق بالنسب فلو لم تجز الشهادة عليه بالتسامع تعطلت الاحكام المتعلقة بالولاء.

(٣) الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٧:٣٩٢، البناية ٧:١٥٥، شرح أدب القاضي لابن مازه ٤:٣٩٦ وما بعدها، المبسوط ٦: ١٥١ وما بعدها.

- وفيها: - إن وجه قول إبي حنيفة ومحمد رحمهما الله هو أن العتق إزالة ملك اليمين بالقول، فلا تجوز الشهادة عليه بالتسامع كالبيع، وذلك لان العتق كلام يسمعه الناس فلا حاجة إلى إقامة التسامع فيه مقام البيّنة، والولاء ينبني على العتق، فلا تجوز الشهادة فيه بالتسامع كالعتق لانه ينبني عليه.

(فرع) (١):

الوقف اذا إشتهر انه وقف فلان على (كذا) (٢) جاز له أن يشهد به، في قول (٣)، وهو المختار لأنه لو لم يجز أدى ذلك إلى استهلاك الأوقاف القديمة (٤).

وقيل: لا يجوز له أن يشهد لأن الوقف قربه، والإخفاء (بالقربة) (٥) اكثر من الاعلان بها، فيصير بمنزلة الأملاك.

والصحيح من الجواب جواز الشهادة بالتسامع على أصل الوقف، لانه يبقى بعد (انقضاء) (٦) قرون، وانه يشتهر. لكن على شرائط(٧) الوقف لا يجوز(٨). من "الخلاصة".

---

(١) (فرع) في: في أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٢) (كذا) في :في: أ، ج، د ،هـ وفي ب: هذا.

(٣) وهو قول محمد رحمه الله. (انظرك حاشية الشلبي على تبين الحقائق ٤ :٢١٦).

(٤) اانظر الهداية وشرح فتح القدير ٧ :٣٩٢، تبيين الحقائق ٤ :٢١٦، جامع الفصولين ١ :١٢٥.

- وقد اشترط المرغناني رحمه الله بيان الجهة بأن يشهد بأن هذا وقف فلان على المسجد، أو المقبرة، أو ما أشبهه، حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته. (انظر: البناية ٧ :١٥٦).

(٥) (بالقربة) في ب، ج، وفي د، هـ: بالقرب، وساقطة من أ.

(٦) (انقضاء) في : أ، ب، د، هـ، وفي ج: القضاء.

(٧) والمراد من شرائط الوقف: ان قدراً من الغلة لكذا، ثم يصرف الفاضل إلى كذا بعد بيان الجهة. (انظر: حاشية رد المحتار ٥ :٤٧١).

(٨) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٤ :٢١٦.

مسألة:

وفي المهر عن "محمد" روايتان:

-في رواية: لا يجوز لهم أن يشهدوا على تسمية الصداق بالأمر الظاهر بالسماع، إلا ان يشهدوا على شهادة من (حضره) (١).

- وفي رواية "هشام" يسعهم ان يشهدوا بالمهر اذا (أخبروهم) (٢) أنها (زوجته) (٣) على كذا وكذا من المهر(٤).

مسألة:

وأمّا الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع اختلفوا فيه:-

قيل يجوز، واليه مال "الشيخ الامام السرخسي" رحمه الله لان هذا (أمر) (٥) يشتهر، وتتعلق به أحكام مشهورة، من النسب والمهر والعدة، وثبوت الإحصان، إنظر "المحيط" (٦) "وشرح التجريد"(٧).

---

(١) (حضره) في: ج، د، هـ، وفي أ، ب: حضر.

(٢) (اخبروهم) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: اخبرهم.

(٣) (زوجته) في: ب، د، هـ، وفي أ، ج: زوجة.

(٤) أنظر: المحيط البرهاني المجلد ٤: ق٢٣٥، فصول العمادي: ٥١، جامع الفصولين١: ١٢٥.

(٥) (أمر) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٦) المحيط البرهاني: مجلد ٤: ق٢٣٥.

- وقد ذكر صاحب المحيط: ان الشهادة على الدخول بالشهرة والتسامع جائزة بخلاف الزنا، لان الزنا فاحشة، والشهادة بالتسامع انما جازت احتيالا لاحياء حقوق الناس، لان الذين عاينوا ماتوا ومضى عليهم قرن بعد قرن، فلو لم تجز الشهادة لأدى ذلك إلى إبطال حقوق الناس، والفاحشة لا يحتال لاثباتها.

(٧) وانظر: فصول العمادي: ق٥١، جامع الفصولين: ١: ١٢٥.

هذا ما يتعلق بالمذهب(١)، وأما شروط شهادة السماع عند المالكية فسبعة (٢):

الأول:- أن لا يستخرج (بها من) (٣) يد حائز، وانما (يشهد بها) (٤) لمن كان الشيئ بيده. فتصح حيازته.

الثاني: الزمان (٥).

الثالث: السلامة من الريب، فان شهد اثنان بالسماع، وفي (القبيلة) (٦) مائة من أسنانهما، لا يعرفون شيئاً من ذلك لم تقبل شهادتهما، إلا ان يكون علم ذلك (فاشيا)(٧).

الشرط الرابع: ان يحلف المشهود له.

الشرط الخامس: ان لا يسموا المسموع منهم وإلا كان نقل شهادة، فلا تقبل اذا كان المنقول عنهم غير عدول.

الشرط السادس: ان يشهد بذلك اثنان فصاعداً، (ويكتفى) (٨) بهما على المشهور.

الشرط السابع: ان يكون السماع فاشياً من الثقات.

قال "ابن عبد السلام" (٩): اما كونه فاشيا (فمتفق) (١٠) عليه، وأما (كونه) (١١) من الثقات، فمنهم من (شرطه) (١٢)، ومنهم من لم (يشترطه) (١٣).

---

(١) اي ما يتعلق بالمذهب الحنفي.

(٢) انظر: تبصرة الحكام ١:٣٤٧ وما بعدها، التاج والاكليل ومواهب الجليل ٦:١٩٢ وما بعدها .

(٣) (بها من) في أ، ب، ج، وفي د، هـ: ما في .

(٤) (يشهد بها) في: ج، وفي ب: يشهد، وفي أ: شهدها لمن، وفي د، هـ: شهد بها.

(٥) (الزمان) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: زمان.

(٦) (القبيلة) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ القبيل.

(٧) (فاشيا) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: فات.

(٨) (ويكتفى) في: ب،ج، د، هـ، وفي أ: او يكتفى.

(٩) هو عبد السلام بن يوسف بن كثير ،قاضي الجماعة بتونس ،عالم متفنن له اهلية الترجيح بين الأقوال.
له من التصانيف : شرح لمختصر ابن الحاجب الفقهي.
انظر :الديباج المذهب (٢/٣٢٩-٣٣٠) ،شجرة النور الزكية(٢١٠)

(١٠) (فمتفق) في: أ،ب، ج ،هـ وفي د: متفق

(١١) (كونه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: كونهم.

(١٢) (شرطة) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: شرط.

(١٣) (يشترطه) في أ، د، هـ ، وفي ب: يشرطه، وفي ج: يشرط.
-انظر: المراجع السابقة.

وأما محل(١) شهادة السماع، فقد ذكر "القاضي ابو الوليد بن (رشد) (٢)" (من)(٣) المواطن التي (يشهد) (٤) فيها بالسماع (أحداً وعشرين) (٥)، وقد نظمها في هذه الأبيات:-

(أيا) (٦) سائلي عما ينفذ حكمه ويثبت سمعاً دون علم بأصله
ففي العزل(٧) والتجريح (٨)والكفر(٩) بعده وفي(سفه) (١٠) او ضد ذلك كله (١١)
وفي البيع والأحباس (١٢) والصدقات والرضاع (وخلع) (١٣) والنكاح وحله (١٤)
وفي قسمة او نسبة (١٥) او ولاية (١٦) وموت وحمل والمضار بأهله (١٧)
فقد (كملت) (١٨) عشرين من بعد (واحد) (١٩) تدل على حفظ الفقه (ونبله) (٢٠).

وزادها ولده(٢١) ستة نظمها أيضاً في هذه الأبيات. قال رحمه الله:-

ومنها هبات والوصية فاعلمن وملك قديم قد يظن بمثله
ومنها ولادات ومنها حرابة (٢٢) ومنها اباق فليضم (لشكله) (٢٣)
(ابي نظم) (٢٤) العشرين من بعد واحد (٢٥) (وأتبعتها) (٢٦) ستاً تماماً لفعله (٢٧).

وزاد ابن هارون أربعة فقال:

وفي اليسر والإعسار سمع (مقرر) (٢٨) وفي (الأسر)(٢٩) يروى من يقوم لنقله
ابو الحسن(اللخمي)(٣٠) يقسم قائلا (ولات)(٣١) قتيل بالسماع بقتله.

هذا ما يتعلق بمذهب المالكية، وبعضها قال به الشافعية

---

(١) ومحل شهادة السماع: اي ما تقبل فيه شهادة السماع (انظر: تهذيب الفروق ٤:٩٩).
(٢) (رشد): في أ، هـ، وفي ب ،ج، د، الرشيد.
(٣) (من) في: في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: ان.
(٤) (يشهد) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: شهد.
(٥) (احداً وعشرين) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: أحد وعشرون.
(٦) (أيا) في: في أ، ب، د، هـ، وفي ج: يا.
(٧) والمقصود عزل القاضي أو الأمير او الوكيل. (انظر: جواهر الاكليل ٢:٢٤٢).
(٨) والتجريح: اي تجريح الشاهد. (انظر: المرجع السابق).
(٩) والكفر: هو الحكم بالكفر الأصيلي او الارتداد. (المرجع السابق).
(١٠) (سفه) في: أ، د، هـ ، وفي ب: تسعة، وفي ج: سفيه.
-والمقصود بالسفه: اي عدم حفظ المال وحسن التصرف فيه (المرجع السابق).
(١١) وضد ذلك: من توليه ،وتعديل، واسلام، ورشد (المرجع السابق).

=

....

---

(١٢) والأحباس: هي الأوقاف.
(١٣) (وخلع) في: جـ، د، هـ، وفي أ: والخلع، وفي ب: والخليع
(١٤) وحلة: أي حل النكاح وهو الطلاق (المرجع السابق)
(١٥)نسبة: اي الشهادة بالتسامع على النسب اذا كان مشتهراً (أنظر: تبصرة الحكام ١ :٣٥٠)
(١٦) الولاية: اي الولاء (انظر: المراجع السابقة).
(١٧) والمضار بأهله: اي الشهادة بالسماع الفاشي ان فلاناً ضرّ زوجته، او ان فلانة ضرت زوجها. (انظر: جواهر الاكليل ٢:٢٤٢).
(١٨) (كملت) في: في أ، ب، د، هـ، وفي ج: تحملت.
(١٩) (واحد) في: ب، ج، د، هـ وفي أ: واحدة.
(٢٠) (ونبله) في أ، ب، د، هـ، ،في ج: نيله.
- وأنظر هذه الابيات في تبصرة الحكام ١ :٣٤٩، تهذيب الفروق ٤ :٩٩.
(٢١) ترجمة ولد ابن رشد.
(٢٢) والحرابة: هي قطع الطريق. (جواهر الأكليل ٢:٢٤٢)
(٢٣) (لشكله) في: ب، د، هـ وفي أ، ج، لسلكه.
(٢٤) (ابي نظم) في: د، هـ، وفي أ، ب،الى نظم، وفي ج: اني نظمت
(٢٥) (واحد) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: واحدة.
(٢٦) (واتبعتها) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: واتبعها.
(٢٧) (لفعله) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: لفضله
(٢٨) (مقرر) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج، مقدر.
(٢٩) اسر: أي المسلم من قبل الحربين (انظر: جواهر الاكليل ٢:٢٤٢).
(٣٠) (اللخمي) في: ب، ج، وفي أ، د، هـ البلخي.
(٣١) (ولات) في:أ، ب، ج، وفي د، هـ ولاة وأظهنا: ولاث اي من اللوث بمعنى التهمة. لان المالكية يقولون بجواز شهادة التسامع في القسامة. (انظر: تبصرة الحكام ١ :٣٥٠).ش

الباب الخامس عشر

في القضاء بالشهادة على الشهادة

يتعلق النظر بمعرفة جواز الشهادة، ووقتها، وكيفية الإشهاد من الأصل، وكيفية الأداء من الفرع.

أما جوازها ثابت استحساناً لا قياساً ، لأنه لا يقع للفروع العلم بأصل الحق على المطلوب. بشهادة الأصول لاحتمال تهمة الكذب في شهادة الأصول (١).

وأما وقتها: فحالة (العجز) (٢) عن شهادة الأصل. فانه ذكر في "الجامع (الصغير)" (٣): الشهادة على الشهادة، لا تجوز حتى يكون شاهد الأصل مريضاً، او على مسيرة سفر، لان فيها زيادة تمكن تهمة، وأمكن الاحتراز عنها بجنسه من الشهود، فلا يحتمل الا عند العجز، وذلك بالمرض، او بالسفر، وأقل مدته ثلاثة أيام(٤). وعن "أبي يوسف" انه جوز شهادة الفرع، اذا كان الأصل في موضع، لو غدا الى مجلس الحكم (لا يمكنه) (٥) ان يبيت بأهله. احياءً للحقوق(٦).

---

(١) انظر: الهداية وشرح فتح القدير ٧: ٤٦١ ، البناية ٧: ٢٢٢، تبيين الحقائق ٤: ٢٣٨.

-ووجه القياس في المسألة: ان الشهادة عبادة بدنية وجبت على شاهد الأصل، وليست بحق للمشهود له بدليل انه لا تجوز الخصومة فيها، والاجبار عليها، ولأن فيها زيادة احتمال، لأن الاحتمال فيها في موضعين في الأصول، وفي الفروع وفيه شبهة من حيث البدلية، وبهذا لا يصار إلى الفرع إلا عند العجز عن الأصول. (انظر: المراجع السابقة).

- ووجه الاستحسان في المسألة: ان الحاجة ماسة إليها، اذا شاهد الأصل قد يعجز عن أداءالشهادة لموت، أو مرض، او بعد مسافة فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى ذلك الى اتواء الحقوق (انظر: المراجع السابقة).

(٢) (العجز) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: بالفجر.

(٣) (الصغير) في :ب، وفي أ، ج، د، هـ، الأصغر.

(٤) الجامع الصغير مع شرح اللكنوي: ٣٩٢، وانظر الهواية مع البناية ٧: ٢٢٨ ، خزانة الفقه ١: ٣٩١.

(٥) (لا يمكنه) في: ب،د، هـ، وفي أ، ج: لا مكنه.

(٦) أنظر: البناية ٧: ٢٢٨.

-وفيها ان الراي الأول احسن، والثاني أرفق، وبه اخذ الفقيه ابو الليث.

وأما كيفية الإشهاد من الأصل:

(ذكر) (١) في "الجامعين" (٢) ولا تجوز الشهادة على الشهادة حتى يقول الأصل: أشهدوا على شهادتي بذلك، او اشهدوا ان فلاناً أقر عندي ان (لفلان) (٣) عليه الف درهم، فاشهدوا على شهادتي بذلك إذا احتيج اليها (٤).

لأن الشهادة على الشهادة توكيل وتحميل، لانه (لا بد) (٥) من نقل الشهادة إلى مجلس القاضي، فلما لم يكن بدٌ من النقل (لم يكن بدٌ من التحمل) (٦).

والتحميل لا يصح إلا بالأمر، ولهذا لو (نهى) (٧) الأصول الفروع عن الشهادة عمل (بالنهي) (٨).

(فرع) (٩)

لو قال: اشهد على شهادتي، فسمعها رجل آخر، لم يشهد على شهادته لان التحمل شرط، ولم يوجد، بخلاف القاضي اذ أشهد قوماً على (قضية) (١٠)، (وسمع) (١١) ذلك آخرون منه، وسع للسامعين ان يشهدوا لان قضاءه حجة بمنزلة الاقرار، فيصح التحمل من غير تحميل.(١٢)

---

(١) (ذكر) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.

(٢) أنظر: الجامع الكبير: ١٥٤ والجامع الصغير: ٣٩٢.

(٣) (لفلان) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: فلاناً.

(٤) انظر: الهداية والبناية ٧: ٢٢٣ وما بعدها.

(٥) (لا بد) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.

(٦) (لم ... التحمل) في أ، ب، د، هـ، وساقطة من ب.

(٧) (نهى) في: أ، د، هـ، وساقطة من ب، ج.

(٨) (بالنهي) في :د، هـ ،في أ، ب، ج :النهي.

-وقد ذهب الشيخان: ابو حنيفة، وأبو يوسف -رحمهما الله - الى القو بأن النهي عن الشهادة بعد الأمر بها لا اعتبار له، فلو شهد الفرع على شهادة الأصل بعد ان نهاه عن الشهادة، جازت الشهادة.

انظر: (الخانية ٢: ٤٨٦، الهندية ٣: ٥٢٥).

- وقد ذهب عامة المشايخ إلى القول بصحة النهي (انظر: شرح فتح القدير ٧: ٤٦٩).

(٩) (فرع) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: مسألة.

(١٠) (قضية) في: ب، د، هـ وفي أ، ج: قضيته.

(١١) (وسمع) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: فسمع.

(١٢) أنظر الجامع الكبير: ١٥٤، الخانية : ٢: ٤٨٦.

مسألة :

ولو قال: اشهدوا علي (بكذا) (١)، أو قال: أشهدكم فاشهدوا، (او فاشهدوا) (٢) بشهادتي. لا يصح. لأنه لم يوجد التحمل، لأنه لم يأمرهم بنقل شهادته، بل أمرهم بأن (يشهدوا) (٣) على فلان بأصل الحق، وليس لهم ذلك، لأنهم لم يعلموا بوجوب الحق(٤).

فأما كيفية الأداء من الفروع: بأن يقول الفرع عند الحاكم (شهد) (٥) فلان بن فلان، على اقرار فلان بن فلان بكذا، وأشهدني على شهادته، (وأمرني) (٦) أن أشهد على شهادته، وأنا أشهد على شهادته (٧).

---

(١) (بكذا) في ج، د، هـ، وفي أ، ب: بذلك.

(٢) (او فاشهدوا) في أ، ج، د، هـ، وساقطة من ب.

(٣) (يشهدوا) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: شهدوا.

(٤) أنظر: الخانية ٢:٤٨٦، الهندية ٣:٥٢٤.

(٥) (شهد) في:في: ب، ج، د، هـ، وفي أ، يشهد.

(٦) (وأمرني) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: لو امرني.

(٧) أنظر- الهداية وشرح فتح القدير٧:٤٦٥.

- وفيها:- انه لا بد لشاهد الفرع من شهادته، وذكر شهادة الأصل، والتحميل، وشهادة الأداء من الفرع لها، لفظ أطول من هذا، ولفظ أقصر، ولفظ متوسط بينهما. والجامع بينهم الأمور الثلاثة السابقة الذكر.

مسألة:

لا تجوز شهادة واحد على واحد، لانها ليست بحجة، وانما تجوز شهادة (اثنين) (١) على شهادة اثنين، ومعناه ان يشهد اثنان على شهادة كل واحد منهما، على الوصف الذي ذكرنا، او يشهد اثنان علي شهادة هذا وآخران على شهادة آخر(٢).

(مسألة) (٣)

لو شهدا على شهادة رجل، أوحدهما يشهد بنفسه أيضاً لا يجوز، لان شهادة الأصل الحاضر على شهادة الأصل الغائب غير مقبولة.

لانها لو قبلت ادى الى ان يثبت شهادته (ثلاثة) (٤) أرباع الحق. نصف الحق بشهادته وحده، وربع الحق بشهادته مع آخر على شهادة آخر. ولا يجوز ان يثبت بشهاده الواحد ثلاثة أرباع الحق، لانها شطر الحجة. فبقي على شهادة الأصل الغائب شاهد واحد، فلا تثبت شهادة الأصل الغائب. (٥)

---

(١) (اثنين) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: الاثنين.

(٢) أنظر: الهداية وشرح فتح القدير ٧:٤٦٣، وما بعدها، البناية ٧:٢٢٤، تبيين الحقائق ٤:٢٣٨.

وفيها:- انه لا بد من شهادة رجلين، او رجل وامرأتين على شهادة الأصل ولا يكتفى بالواحد، لان المشهود به هو شهادة الأصل، وهي لا تثبت إلا بحجة كاملة، ولما روى عن علي رضي الله عنه انه قال: «لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين».

-استغربه الزيلعي في نصب الراية (٨٧/٤) وقال الحافظ قاسم بن قطلوبغا في منية الألمعي (٥١) رواه محمد في الأصل بلاغا بلفظه، ولعله منقول بالمعنى عما تقدم في الحاشية (الباب الأول:٦).

وقد روى أيضا عن الشعبي اخرجه ابن ابي شيبه في المصنف (٢٦٩/٧ رقم ٣١٣١) والبيهقي في السنن (٢٥١/١٠)

قلت: وما روي بلاغاً فهو ضعيف لا تقوم به حجة ولو كان مرفوعاً، فكيف وهو موقوف.

(٣) (مسالة) في: أ، وفي: ب، ج، د، هـ، :فرع.

(٤) (ثلاثة) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: على ثلاثة.

(٥) أنظر: المبسوط ١٦:١٣٨، شرح فتح القدير ٧:٤٦٩، المحيط ٤:ق ٢٦٦.

-ووجه القول بعدم جواز أن يكون الشاهد شاهد أصل وشاهد فرع هو: أن الشاهد عنده علم المعاينة، فلا يستفيد شيئاً باشهاد الآخر إياه على شهادته، والوجه الثاني: إن شهادة الفرع في حكم البدل ولهذا لا يصار اليه إلا عند العجز عن حضور الأصل بموته، أو مرضه، او غيبته، والشخص الواحد في الشهادة لا يكون أصلاً وبدلاً في حادثة واحدة. (انظر:المبسوط ١٦:١٣٨)

مسألة :

ذكر (الناطفي) (١) في "واقعاته" : ان الشهادة على الشهادة في الوقف لا تجوز والصحيح (أنها) (٢) تجوز، لما فيه من إحياء (الوقف) (٣). (٤)

مسألة :

ولا تجوز الشهادة على الشهادة في الحدود، والقصاص (٥) خلافاً "للشافعي" (٦) فان (شهد) (٧) شاهدان على شهادة شاهدين (بأن) (٨) قاضي بلد كذا، ضرب فلاناً حداً في قذف تقبل، لان الشهادة قامت على (استيفاء) (٩) الحد، لا على ايجابه، لأنهم شهدوا انه حدّه حده القذف، والشهادة على الشهادة تقبل على استيفاء (الحد) (١٠) وذكر في "كتاب الديات" (١١) انها لا تقبل (١٢).

---

(١) (الناطفي) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: النافعي.

(٢) (أنها) في: د، هـ وفي أ، ب، ج: أنه.

(٣) (الوقف) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: الحق.

(٤) أنظر: تبيين الحقائق ٤ :٢٣٨.

(٥) أنظر: الهداية وشرح فتح القدير ٧ :٤٦٢، النتف في الفتاوي ٢ :٨٠٢، خزانة الفقه ١ :٣٩، تبيين الحقائق ٤ :٢٣٨.

- ووجه القول بعدم قبول الشهادة على الشهادة في الحدود والقصاص هو ان الشهادة على الشهادة فيها شبهتان: شبهة البدلية، وشبهة زيادة الاحتمال، والحدود والقصاص مما لا يثبت مع الشبهة، علي عكس باقي الحقوق التي تثبت مع الشبهة فأجيزت فيها الشهادة على الشهادة (انظر البناية: ٧ :٢٢٢، ٢٢٣).

(٦) أنظر: أدب القضاء لابن ابي الدم :٣٩٩، المهذب ٢ :٢٣٧.

- وفيها: ان الشهادة على الشهادة جائزة فيما يسقط مع الشبهة في حقوق الله تعالى، وفي حدود الله وهو حد الزنا، وحد السرقة وقطع الطريق، وفي شرب الخمر قولان.

(٧) (شهد) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: شهدت.

(٨) (بان) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: ان.

(٩) (استيفاء) في: أ،ب، د، هـ وفي ج: ايفاء.

(١٠) (الحد) في أ، ج، د، هـ، وفي ب: الحدود.

(١١) أي باب الديات من كتاب الأصل. (زنظر: ٢/ ٤ : ٤٧٢)

(١٢) أنظر المحيط ٤ : ق٢٦٦، البناية ٧ :٢٢٣، المبسوط ١٦ :١٣٩.

مسألة °

(ارتد) (١) شاهدا الأصل، ثم أسلما، فشهد الفرع. لا تقبل، لان بالردة، بطل الأمر بالإشهاد، فيعتبر بما لو بطل بنهيه، ولو بطل الأمر بنهيه بعد الإشهاد، لا تقبل شهادة الفرع، فكذا هذا (٢).

(فرع) (٣)

شهدا على شهادة فاسقين، فرد القاضي لتهمة الأصول، (ثم تاب شهود) (٤) الأصل، لم تقبل شهادة الأصل، ولا الفرع، لان المردود كان شهادة الأصول، لان الفروع نقلوا شهادة (الأصول) (٥)، فيعتبر بما لو شهد الأصل بنفسه، فرّد القاضي شهادته بتهمة الكذب، لا تقبل شهادته بتهمة الكذب في هذه الحادثة، ولا شهادة فرعه أبدا، فكذا هذا. (٦)

---

(١) (ارتد) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: ارتدّا.

(٢) أنظر: المحيط: ٤: ق ٢٦٨.

-وفيه: لو ان شاهدي الأصل ارتدا، ثم أسلما، لم تجز شهادة الفرعين على شهادتهما، ولو شهد الأصلان بانفسهما بعدما أسلما تقبل شهادتهما، والفرق ان بالردة لا يبطل أصل شهادة الأصلين، لان سببها المعاينة وذلك لا ينعدم بالردة، ألا يرى ان اقتران الردة بالأداء يمنع صحة الأداء، فاعتراض على الأداء قبل حصول المقصود يبطل الأداء ايضاً، وبالاسلام تحدث له أهلية الأداء، فيجوز له الأداء، فأما الفرع مأمور من جهة الأصل بنقل شهادته، ولهذا يشترط لصحة الإشهاد الأمر بالنقل من الأصل. ولبقاء الأمر حكم الابتداء اذا كان غير لازم، وهذا الأمر غير لازم، واذا كان كذلك، صار كانه وجد الأمر في حالة الارتداد، والامر بالنقل بعد الارتداد لا يصح، واذا لم يصح صار وجوده وعدمه سواء وبدون الامر بالنقل من الاصل لا تصح شهادة الفرع.

(٣) (فرع) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ مسالة.

(٤) (ثم تاب شهود) في: أ، ب، د، هـ وساقطة من ج.

(٥) (الأصول) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: الأصل.

(٦) أنظر: المرجع السابق، والهندية ٣:٥٢٦

مسألة :

أشهد على شهادته كافرين، أو عبدين، ثم أسلما، أو أعتقا، جازت الشهادة، لأن الأمر بنقل الشهادة من الأصل قد صحّ، لأنه من أهل الشهادة حالة الأمر بالنقل، وان لم يكن (الفروع) (١) أهلاً للحال، لانه (يتوهم) (٢) أن يصير أهلاً في الثاني، فصح التحمل منه، لأنه من أهل المعرفة، والتمييز (٣).

فصـــل

ذكر في "المنتقى" : تجوز شهادة الابن على ابيه، وعلى قضائه، وعلى كتابه (٤).

وذكر "الخصاف" في "أدب القاضي" : انه تجوز شهادة الابن على شهادة أبيه، ولا تجوز على قضائه. فرق بين الشهادة والقضاء. والفرق ان القضية فعل أبيه، والابن قائم مقام الاب في الشهادة. والأب لو شهد على الحق يقبل فكذا الابن. (والاب لو شهد على فعل نفسه) (٥) لا تقبل.

فكذا الابن اذا قام مقامه(٦).

وذكر "الشيخ الامام ابو بكر (ابو سهل)(٧) السرخسي" - رحمه الله - في "شرح أدب القاضي" : هذا قول "ابي يوسف" وعلى قول "محمد" تقبل هذه الشهادة في الوجهين، كما ذكر في "المنتقى" لأنه لا منفعة للأب في هذه الشهادة، ولا دفع مغرم، ولا جلب مغنم (٨). والله تعالى أعلم.

---

(١) (الفروع) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: الأمر.

(٢) (يتوهم) في: أ، ج، د، هـ وفي: لا يتوهم.

(٣) انظر: المحيط ٤: ق ٢٦٨، الهندية ٣: ٥٢٦.

(٤) انظر: شرح فتح القدير ٧: ٤٦٩.

٥) (والاب.........نفسه) في: أ، ب، د، هـ وساقطة من ج.

(٦) انظر: شرح ادب القاضي لابن مازه ٤: ٤٦٤، وشرح أدب القاضي للجصاص: ٧٢٩.

(٧) (ابو سهل): في: أ، ب، وفي ج: سهل ، وفي د، هـ: ابن سهل. الكل خطأ. والصحيح أنه ابو بكر محمد بن احمد بن ابي سهل.

(٨) شرح ادب القاضي لابن مازه ٤: ٤٦٤.

الباب السادس عشر

(في القضاء) (١) بشهادة الأبداد

(الأبداد) (٢) بدالين (مهـملتين) (٣) وهم المتفرقون (٤). واحـدهم بد مثل مـد. من التبدد. مـأ خوذ من قولهم (بدد) (٥) الله شـمل العدو، ولأن الشـهود شهـدوا في ذلك (متفرقين) (٦) واحد هـنا، وواحد في مـوضع آخر. وواحد اليوم، وواحـد (غداً) (٧). وواحد على معنى وواحد على آخر. (٨)

قـال في "الوقاية" في كـتـاب النكاح: وحضـور حـرّين مكلفين، مـسلمين، معـاً (لفظ)(١٠) الزوجين، لاعدالتـهما (١١)، فـلا يصح ان (سـمع) (١٢) أحد الشـاهدين دون (الآخر) (١٣) ،ولا لو (اعاد) (١٤) النكاح،وسمع من لم يسمعه (اولاً لا الآخر. (١٥) (١٦)

---

(١) (في القضاء) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٢) (الأبداد) في: أ، ب، د، هـ وساقطة من ج.

(٣) (مهملتين) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: مهملين.

(٤) انظر: القاموس المحيط ١:٢٧٦.

- وفيه: بدّده تبديداً أي فرّقه تفريقاً.

(٥) (بدد) في أ،ج، د، هـ، وفي ب: بد.

(٦) (متفرقين) في: أ،ب، ج، وفي د، هـ مفترقين.

(٧) (غداً) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: الغد.

(٨) هذا التعريف لشهادة الأبداد هو للقاضي المالكي منذر بن سعيد نقله عنه صاحب التبصرة.(أنظر: تبصرة الحكام ٢/ ٦).

(١٠) (لفظ) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: لفظا.

(١١) اي لا تشترط العدالة في الشاهدين (انظر: الهداية وشرح فتح القدير ٣:٢٠١).

(١٢) (سمع) في أ،ج، د، هـ، وفي ب: يسمع.

(١٣) (الآخر) في أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٤) (اعاد) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: ادعى.

(١٥) (الولاً لا الآخر) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: (له ولا لا الآخر).

(١٦) أنظر: شرح فتح القدير ٣:٢٠٤، حاشية رد المحتار ٣:٢٣، الخانية ١:٣٣٢.

-وفيـها: ان شرط سمـاع الشاهدين معاً كـلام العاقدين هو الأصح في المذهب. لأنه لو أعيد لفظ العقـد على الشاهد الذي لم يسمع في المرة الأولى. لأدى ذلك إلى وجود عقدين. بشهادة شاهد واحد لكل عقد.

الباب السابع عشر

في القضاء بشهادة الإستغفال

وصورتها: إذا كان لرجل على آخر حق، فيقر في السر، ويجحد من العلانية. وعجز صاحب الحق عن الوصول إلى حقه. فاحتال (بأن) (١) أدخل قوماً من العدول في بيته، ثم استحضر من عليه الحق، فأقرّ بذلك سراً وخرج، (فسمعه) (٢) الشهود، حلّ لهم ان يشهدوا عند علمائنا لان العلم قد حصل.

وقيل: لا يحل. لان فيه (تدليساً) (٣) ،ولكن انما يجوز اذا كان (الشهود) (٤) يرون وجهه، ويعرفونه. وإن كانوا لا يرون وجهه، ولكن يسمعون كلامه، لا يحل لهم أن يشهدوا. فإن شهدوا وفسروا للقاضي شهادتهم لم تقبل شهادتهم. إلا اذا أحاطوا علماً به، بأن رأوه دخل بيتاً، وعلموا انه ليس في البيت غيره، وليس لهذا البيت مسلكاً آخر، وسمعوا اقراره، بحيث لا يشتبه عليهم حاله تحل لهم الشهادة (٥). "انظر شرح التجريد".

---

(١) (بان) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: الى ان.

(٢) (فسمعه) في: د، هـ وفي أ، ج: فسمع، وفي ب: وسمع.

(٣) (تدليساً) في: أ، ب، ج وفي د، هـ تدلساً.

(٤) (الشهود) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: اكثر الشهود.

(٥) انظر: الهندية ٣: ٤٥٣، الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٧: ٣٨٤، البناية ٧: ١٤٧، عيون المسائل ٢: ٣٠٣.

-وفيها: إنه لا يجوز للشاهد ان يشهد من وراء حجاب بحيث لا يرى شخص المقر، لأن نغمة الصوت قد تشبه نغمة صوت آخر، فلا يتحقق العلم المطلوب، إلا اذا تحقق من العلم بان لم يكن في البيت أحد سواه، ولم يكن للبيت مسلك آخر، فتجوز الشهادة حينئذ.

مسألة :

وسئل بعض العلماء (١). هل يجوز للشاهد أن يختفي ليشهد على المقرّ؟
فأجاب: بأنه يتخوف بأن لا يحيط بالشهادة علماً (مما) (٢) كان بين الخصمين. ثم قال: ولكن اذا تحقق القرار كما يجب فليشهد (٣).

تنبيه :

وحيث أجزنا (شهادته) (٤) فلا يكون من باب الحرص على التحمل.(٥)

تنبيه :

ينبغي للشاهد (التنبه) (٦) أن (يرفع) (٧) نفسه عن أن (يختبئ)(٨) ليشهد هذا مما لا يندب اليه. ولا (فرض) (٩) عليه. فان فعل فقد (فعل) (١٠) ما لا يليق بالفضلاء، ولا يختاره العقلاء(١١).

---

(١) وهو محمد (تبصرة الحكام ٢: ٩)
(٢) (مما) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: بما.
(٣) انظر: تبصرة الحكام ٢: ٩
(٤) (شهادته) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: شهادة.
(٥) هذا التنبيه لابن راشد من المالكية (تبصرة الحكام: ٢: ٩).
(٦) (التنبه) في: د، هـ، ج، وفي أ، ب، التنبيه.
(٧) (يرفع) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: يرفع.
(٨) (يختبئ) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: يختفي.
(٩) (فرض) في د، هـ وفي: أ، ب، ج: افرض.
(١٠) (فصل) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: ضل.
(١١) انظر تبصرة الحكام ٢: ٩ وما بعدها.

الباب الثامن عشر

في القضاء بالشهادة بغلبة الظن

إعلم ان الشرع لم يعتبر مطلق الظن في غالب المسائل، وانما يعتبر ظنوناً (مفيدة)(١)، مستفادة من أمارة مخصوصة، وذلك فيما لا سبيل فيه إلى القطع، كالشهادة أن المديان (٢) معدم، فانهم انما يشهدون على علمهم. وقد يكون الباطن بخلافه، فاستظهر باليمين على المشهود له، فبقيام البيّنة على ذلك مع (يمينه) (٣) (استحق) (٤) حكم العدم، وسقطوا عنه الطلب، ما دام على تلك الحال. (٥)

---

(١) (مفيدة) في: ج، د، هـ، وفي أ، ب: مقيدة.

(٢) اي المدين

(٣) (يمينه) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: بينته

(٤) (استحق) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: التحق.

(٥) انظر: تبصرة الحكام ٢: ١٢، فالنص بحرفيته منها.

- ذكر المصنف - رحمه الله - مسالة وجوب يمين المديان وهو المعسر مع بيّنته استظهاراً للحال. وهذا هو مذهب المالكية. وأما الحنفية فرايهم على خلاف ذلك، فهم لا يجيزون اليمين مع البيّنة الا في مسائل وهذه ليست منها.

وقد ذكرت ذلك تفصيلاً في الباب الرابع (في القضاء بالبيّنة التامة مع يمين القضاء). فليراجع في موضعه.

- واما عن شهادة الشهود بعلمهم في الافلاس فقد قال في الهندية ٣: ٤٦٠ « الشهادة على الافلاس ان يشهدوا ويقولوا لا نعلم له مالاً سوى ثياب ليله ونهاره كذا في السراجية».

- وقال في موجبات الأحكام، ١٢٤ « واختارالخصّاف أن الشهود يقول: لا نعلم له مالاً، يخرج به عن حالة الفقر، والاعسار، واختار الصفار ان يقولوا: انه مفلس معدم، لا نعلم له مالاً، سوى كسوته التي عليه. وقد اختبرنا أمره في السر، وامتحنا حاله في العلانية».

مسألة :

(وكذا) (١) الشهادة لأمرأة غاب زوجها، وتركها بغير نفقة، لان الشهادة فيه على العلم دون البت. (فاذا) (٢) قامت بذلك عند الحاكم، وشهد بها الشهود، استظهر (عليها) (٣) باليمين على صحة ما شهد به الشهود (لها) (٤) فبمقارنة اليمين للشهادة، وجب لها (الحكم) (٥) بذلك (٦).

---

(١) (وكذا) في أ، ج، وفي ب، د، هـ: وكذلك.
(٢) (فاذا) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: فان.
(٣) (عليها) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.
(٤) (لها) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.
(٥) (الحكم) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: حكم.
(٦) انظر: الهندية٤: ١٣، ١٤، البزازيّة ٥: ١٩٩، شرح ادب القاضي لابن مازه ٤: ٢٠٦.
- وقد ذكرت المسألة في الباب الرابع، وقد قيدها المصنف في ذلك الموقع بوجوب اثبات الزوجية، واتصال الغيبة، وان الشهود ما علموا ان الزوج ترك لها نفقة.

مسألة :

ومن ذلك الشهادة على عدة الورثة، لا بدّ ان يقولوا: انه وارثه لا يعلمون له وارثاً غيره، ولا يكلف الشهود ان يقولوا انه لا وارث له على البتات. (١)

وكذلك شهادتهم في الشيء المستحق، لا بدّ ان يقولوا لا نعلم انه (باع) (٢) ولا وهب، ولا تصدق، ولا خرج عن يده بوجه من وجوه انتقالات الأملاك. (٣) ولا يشهدون في الاستحقاق، ولا في (عدة الورثة) (٤) على البت. (فلو) (٥) قالوا: لا وارث له غيرهم اصلاً على البت. أو قالوا: انه (شيء) (٦) (لم) (٧) يبعه، ولا فوته (كانت) (٨) شهادة زور. (٩)

وقال "ابن ابي ليلى": الشهادة في ذلك على البت (١٠). والصحيح قولنا. لانه لا علم للشاهد بنفي وارث غيره على القطع والبتات.

لانه لا يمكنه ان يستصحب جميع (عمره) (١١) بحيث لا يغيب عنه حتى يعلم أنه لا وارث له غيره. فكانت الشهادة بنفي وارث آخرشهادة بما لا علم له. فلا تقبل. (١٢)

---

(١) انظر: تبصرة الحكام ٢: ١٢.

(٢) (باع) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: ما باع.

(٣) انظر: المرجع السابق.

- والذي ذكره المصنف رحمه الله هو رأي المالكية نقلاً عن التبصرة، ولم اوفق في العثور على ما يؤيد كلام المصنف فيما تيسر لي الاطلاع عليه من كتب الحنفية في مسألة شهود الاستحقاق، وتصريحهم بعدم العلم.

(٤) (عدةالورثة) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: عدد الوارث.

(٥) (فلو) في أ، ب، د، هـ، ،وفي ج: فاذا.

(٦) (شيء) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: شبه.

(٧) (لم) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: لا.

(٨) (كانت) في: ب، ج، د، هـ، وغير واضحة في أ.

(٩) انظر: المرجع السابق.

(١٠) هذا القول هو لأحد أصحاب مالك وهو ابن الماجشون وليس لابن ابي ليلى (انظر: المرجع السابق)، وقد وقع المصنف رحمه الله في هذا الخطأ عند محاولة توفيقية بين ما ينقله عن التبصرة وبين ما ينقله عن كتب الحنفية، خاصة كتاب جامع الفصولين، فابن ابي ليلى يرى ان الشهود ان قالوا: لا وارث له غيره على البت، لا تقبل هذه الشهادة، لانهم مجازفون، اذ لا طريق لهم الى معرفة نفي الولد.

=

(انظر: جامع الفصولين ١: ١٢٦، فصول العمادي ق: ٥٢، ٥٣).

....

---

(١١) (عمره) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: لمره.

(١٢) لم يوفق المصنف رحمه الله في نقل المسألة عن المذهب الحنفي، لما بيّنت سابقاً من محاولة التوفيق بين تبصرة الحكام وجامع الفصولين. والمسألة بحرفيتها كما يذكرها صاحب جامع الفصوليين ١ :١٢٦ هي الوارث لو كان يحجب بغيره كجد وجدة، واخ واخت، لا يعطي شيئاً ما لم يبرهن على جميع الورثة، او يشهد أنهما لا يعلمان وارثاً غيره، لان ارث الأخ والأخت معلق بشرط الكلالة وهو من ليس له ولد ولا والد، فما لم يثبت هذا الشرط بنص من الشهود لا يرث، ولو قالا: لا وارث له غيره يقبل عندنا، لا عند ابن ابي ليل لانهما جازفا، اذ لا طريق لهما إلى معرفة نفي الولد. ولنا العرف فان مراد الناس به لا نعلم له وارثاً غيره وهذه شهادة على النفي قبلت لما مرّ من أنها تقبل على الشرط، ولو نفياً وهذا كذلك لقيامها على شرط الارث. ولو كان الوارث من لا يحجب بأحد فلو شهدا انه وارثه، ولم يقولا: لا وارث له غيره او لا نعلمه يتلوم -أي يتمهل- القاضي زماناً، رجاء ان يحضر وارث آخر، فان لم يحضر يقضي له بجميع الأرث، ولا يكفل عند ابي حنيفة رحمه الله، في المسألتين يعني فيما قالا: لا وارث له غيره، وفيما قالا: لا نعلمه. هوالأصح من مذهبه، وعندهما يكفل في المسألتين.

وانظر: المحيط ٤ :ق٢٥٨، فصول العمادي ق:٥٢، ٥٣.

قال "القـرافي": اعلم ان قول العلمـاء ان الشهادة لا تجـوز إلا بالعلم، ليس على ظاهره، فـان ظاهره يقتـضي انه (لا) (١) يجـوز ان يؤدي الشاهـد، الا ما هو قـاطع به، وليس كذلـك بل (حالة الأداء) (٢) (عند الشـاهد دائما) (٣) الظن الضعيف في كـثير من الصور، بل المراد بذلك ان يكون أصل المدرك علماً فقط، فلو شهد بقبض الدين جاز ان يكون الذي عليه الدين قد دفعه، فتجوز الشهادة عليه بالاستصحاب (٤) الذي لا يفيد الا الظن الضـعيف، وكـذلك الثمن في المبيع مع احتـمال دفـعه. (ويشـهد) (٥) في الملك الموروث لوارثه مع جواز بيعـه بعد ان ورثه. ويشهد بالاجـارة ولزوم الأجرة، مع جواز الإقالة بعد ذلك. بناءً على الاستصحاب.

والحاصل في هذه الصور كلهـا وشبهها انما هو الظن الضعـيف. ولا يكاد يوجد ما يبقى فيه العلم إلا القليل من الصور، فمن ذلك: النسب، والولاء، فانه لا يقبل النقل، فيـبقى العلم على حـاله. ومن ذلك الشهـادة بالاقرار، فـانه اخبار عن وقـوع النطق في الزمان الماضي وذلك لا يرفع، ومن ذلك: الوقف اذا حكم به حـاكم، اما اذا لم يحكم به حاكم فـان الشهادة (انما فـيها) الظن فقط. فـاذا شهد بأن هذه الدار وقف احـتمل ان يكون حاكم حنفي حكم بنقضه (٦).

---

(١) (لا) في أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٢) (حالة الأداء) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: حال الارادة.

(٣) (عند الشاهد دائما) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: دائما عند الشاهد.

(٤) الاستصحاب هو: ابقاء ما كان علي ما كان عليه لانعدام المفيد (التعريفات: ٢٢).

(٥) (ويشهد) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: وشهد.

(٦) تبصرة الحكام ٢: ١٢ وما بعدها نقلاً عن الفروق في الفرق السادس والعشرين والمائتين ٤: ٥٥.

- وقد عـقب العلامة ابو القـاسم بن الشاط في كتابه تـهذيب الفروق ٤: ٥٥ علي كلام الـقرافي فقال: «مـا قاله من ان الشاهد في اكثر الشهادات لا يشهد إلا بالظن الضعيف غير صحيح، وانما يشهد بان زيداً ورث الموضع الفلاني مثلاً او اشتراه جازماً بذلك لا ظاناً، واحـتمال كونه باع ذلك الموضع لا تتعرض له شهادة الشـاهد بالجزم لا في نفيه ولا في اثباته ولكن تـتعرض له بنفي العلم ببيعـه، او خروجه عن ملكه، فمـا توهم انه مضمن الشهادة لـيس كما توهم فهذا التنبية غير صحيح والله تعالى اعلم».

الباب التاسع عشر

في القضاء بشهادة النفي

قال "القرافي" (١): اشتهر على ألسنة الفقهاء أن الشهادة على النفي غير مقبولة وفيه تفصيل:

فان النفي قد يكون معلوماً بالضرورة، او بالظن الغالب الناشئ عن الفحص، وقد يعرى عنهما فهذه ثلاثة أقسام.

القسم الأول: تجوز الشهادة به اتفاقا، كما لو شهد انه ليس في هذه البقعة فرس (ونحوه) (٢)، فانه يقطع بذلك. وكذلك يجوز ان يشهد انّ زيداً لم يقتل عمرواً بالأمس، لانه كان عنده في البيت لم يفارقه. (أو أنه) (٣) لم يسافر لانه رآه في البلد. (فهذه) (٤) شهادة صحيحة بالنفي.

الثاني: - تجوز الشهادة به أعني بالنفي مستنداً الى الظن الغالب (٦) ((وذلك) (٥) في صور منها: التفليس فان الحاصل فيه إنما هو الظن الغالب). (٦) (لانه) (٧) يجوز عقلاً حصول المال للمفلس وهو يكتمه، ومنها: الشهادة على حصر الورثة، وانه (ليس له) (٨) وارث غير هذا. (فمستند) (٩) (الشاهد) (١٠) (هو) (١١) الظن (الغالب) (١٢)، وقد يكون له وارث لم يطلع عليه، فهي شهادة على النفي مقبولة، وسيأتي لذلك مزيد بيان ان شاء الله تعالى.

الثالث: - ما عري عنهما مثل ان يشهد ان زيداً لم يوفّ الدين الذي عليه، او ما باع سلعته، وغير ذلك، فهذا نفي غير منضبط، وانما يجوز على النفي المنضبط قطعاً، او ظناً (١٣)

---

(١) تبصرة الحكام ٢: ١٣، وانظر: الفروق ٤: ٦١ في الفرق السابع والعشرين والمائتين.

(٢) (ونحوه) في: ب، د، هـ وفي أ: او نحوه، وفي ج: وكف.

=

....

---

(٣) (اوانه) في: أ، ب، ج وفي د، هـ وانه.
(٤) (فهذه) في: ب، د، هـ، وفي أ: فشهد، وفي ج: فهو.
(٥) (وذلك) في: أ، ب، ج، هـ وفي د: وذاك.
(٦) (وذلل..... الغالب) في أ، ب، د، هـ، و ساقطة من ج.
(٧) (لانه) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: فانه.
(٨) (ليس له) في أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(٩)(فمستند) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: فمستندات.
(١٠) (الشاهد) في: ب، د، هـ ، وفي أ: الشهادة، وساقطة من ج.
(١١) (هو) في: ج وساقطة من أ، ب، د، هـ.
(١٢) (الغالب) في: أ، وساقطة من: ب، ج، د، هـ.
(١٣) والقسم الثالث هو الذي اشتهر على السنة الفقهاء ان الشهادة فيه غير مقبولة. (أنظر: تهذيب الفروق ٤:١٠٤) وراجع: المبسوط ١٦:١٤٩.

فرع:

الشهادة لو قامت على الاثبات، وفيها نفي بأن يقول: هذا غلامه نتج عنده، أو هذه دابته نتجت عنده، ولم يزل مالكاً لها. هل تقبل؟

اختلف المشايخ فيه، والأصح (قبولها) (١) "كذا في الفتاوى" (٢).

(مسألة) (٣)

(شهدا) (٤) أنه اقرضه يوم كذا، (او صنع) (٥) شيئاً (في) (٦) مكان كذا، فبرهن المدعى عليه أنه لم يكن (في) (٧) ذلك اليوم في مكان ذكره، الأولان، وكان في مكان كذا، لا تقبل، لانها قامت على النفي، لأن قولهما كان في مكان كذا نفي معنى، ولو كان إثباتاً صورة، اذ الغرض نفي ما قامت عليه البيّنة الأولى (٨).

---

(١) (قبولها) في أ، وفي: ب، ج، د، هـ، قولهما.

(٢) الصحيح انها في فوائد ائمة بخاري لان صاحب جامع الفصولين رمز لها بـ (فد).

(٣) (مسألة) في أ: ب، ج، وفي د، هـ: فرع.

(٤) (شهدا) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: شهد.

(٥) (او صنع) في: ج، في أ، ب، د، هـ: وضع.

(٦) (في) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: من.

(٧) (في) في أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٨) جامع الفصولين ١٢٦:١، وانظر: الهندية ٥١٢:٣، المبسوط ١٤٩:١٦.

-وقد نقل صاحب البزازية عن المحيط في المسألة (انه إن تواتر عند الناس، وعلم الكل عدم كونه في ذلك المكان والزمان لا تسمع الدعوى عليه، ويقضى بفراغ الذمه، لانه يلزم تكذيب الثابت بالضرورة. والضروريات مما لا يدخله الشك عدلاً إلى كلام الثاني، وكذا كل بينة قامت على ان فلاناً لم يقل، ولم يفعل ولم يقر (انظر: البزازية ٢٦٣:٥).

مسألة:

لو أمّن الامام أهل مدينة، فاختلطوا بأهل مدينة أخرى، وقالوا كنّا جميعاً فشهد شهود من غيرهم، انهم لم يكونوا وقت الأمان فيها. تقبل (الشهادة) (١) "قاله في الواقعات". (٢)

فرع:

الشرط يجوز اثباته ببيّنة، ولو كان نفياً. كما لو قال لقنه (٣): ان لم (أدخل) (٤) الدار اليوم، فأنت حرّ، فبرهن القنّ انه لم (يدخل) (٥) (الدار) (٦) يعتق. (٧)

قيل: فعلى هذا لو جعل أمرها بيدها إن (ضربها) (٨) بغير جناية، ثم (ضربها) (٩)، وقال (ضربتها) (١٠) بجناية. (وبرهنت) (١١) انه (ضربها) (١٢) بغير جناية، ينبغي ان تقبل بينتها، وان قامت علي النفي، لقيامها على الشرط(١٣).

---

(١) (الشهادة) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: الشهادة له.
(٢) انظرك جامع الفصولين ١:١٢٦، البزازية ٥:٦٢٤، حاشية رد المحتار ٥:٤٩١ الأشباه والنظائر: ٢٢٢.
(٣) القين: هو الرقيق يطلق بلفظ واحد على الواحد وغيره، وربما جمع على أقنان، وأقنة. (انظر: المصباح المنير: ٥١٧).
(٤) (ادخل) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: يكن أدخل.
(٥) (يدخل) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: يدخل اليوم.
(٦) (الدار) في: د، هـ، وساقطة من أ، ب، ج.
(٧) أنظر: المراجع السابقة.
(٨) ضربها) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: خيرّها.
(٩) (ضربها) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: خيرّها.
(١٠) (ضربتها) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: فديتها.
(١١) (وبرهنت) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: لم برهنت.
(١٢) (ضربها) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: خيرّها.
(١٣) أنظر: المراجع السابقة.

مسألة :

حلف ان لم تجئ (صـهرتي) (١) هذه الليلة، فامـرأته كذا، فشهـدا انه حلف كذا، ولـم (تجئ) (٢) (صهرته) (٣) في تلك الليلة، و(طلقت) (٤) امرأته.

تقبل لانها على النفي صورة (وعلى) (٥) اثبات الطلاق حقيقة.

والعبرة للمقاصد لا (للصور) (٦) كـما لو شـهدا انـه أسلم (واستـثنى) (٧) وشهد آخران انه (أسلم) (٨) ولم يستثنِ، تقبل بيّنة الإسلام،ولو كان فيها نفي اذ غرضها اثبات اسلامه (٩). "انظر الفتاوى الصغرى".

---

(١) (صهرتي) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: صهري.
(٢) (تجيء) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: تجبه.
(٣) (صهرته) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: صهره.
(٤) (وطلقت) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فطلقت.
(٥) (وعلى) أ، ب، ج، هـ وفي د: على.
(٦) (للصور) في: أ، ب، ج، هـ وفي د: الصور.
(٧) (واستثنى) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: فاستثنى.
(٨) (اسلم) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: مسلم.
(٩) انظر: جامع الفصولين ١ :١٢٦، حاشية رد المحتار ٥: ٤٩١، الأشباه والنظائر: ٢٢٢.

مسألة :

قال في "الأصل" (١) الوارث لو كان (يحجب) (٢) بغيره، كجد وجدة، وأخ، (وأخت) (٣) لا يعطى شيئاً ما لم يبرهن على جميع الورثة، او (يشهدا) (٤) أنهما لا يعلمان وارثاً غيره، لان ارث الأخ، والأخت معلق بشرط الكلالة، وهي من ليس له (ولد ولا والد) (٥) (فما لم) (٦) تثبت هذه الشروط بنص من الشهود لا يرث. ولو (قالا) (٧): لا وارث له غيره تقبل عندنا لا عند "(ابن(٨) ابي ليلى"، وقد تقدم في القسم الثاني من هذا الباب.

احتج "ابن ابي ليلى": أنهما (جازفا) (٩)، (اذ) (١٠) لا طريق (لهما) (١١) إلى معرفة نفي الولد (١٢).

ولنا: العرف، فان مراد الناس به لا نعلم له وارثاً غيره، فهذه شهادة على النفي قبلت، (لما) (١٣) مرّ، انها تقبل على الشرط، ولو كان نفياً، وهذا كذلك لقيامها على شرط الارث. ولو كان الوارث من لا يحجب بأحد، فلو شهدا أنه وارثه، ولم يقولا: (انه) (١٤) لا وارث له غيره، او لا نعلمه. يتلوم (١٥) القاضي زماناً رجاء ان (يحضر)(١٦) وارث آخر. فان لم يحضر يقضي له بجميع الارث. ولا يكفل عند ابي حنيفة في المسألتين، يعين فيما قالا: لا وارث (له) (١٧) (غيره) (١٨) وفيما قالا: (لا)(١٩) نعلمه، وهو الأصح من مذهبه (٢٠)، وعندهما: يكفل في المسألتين (٢١)، (ومدة) (٢٢) التلوم (مفوضة) (٢٣) الى رأي (القاضي) (٢٤) وقيل: حول. وقيل: شهر. وهذا عند "ابي يوسف".

وأما أحد الزوجين لو أثبت الوراثة ببيّنة، ولم يثبت أنه لا وارث (له) (٢٥) غيره.

فعند "ابي حنيفة" و"محمد": يحكم لهما بأكثر (النصيبين) (٢٦) بعد التلوم، للزوج النصف، وللزوجة الربع.

وعند "ابي يوسف": يحكم لهما بأقل النصيبين. له الربع، ولها الثمن (٢٧).

---

(١) انظر: المبسوط ١٧: ٤٦.

(٢) (يحجب) في: أ، ب، ج، هـ وفي د: يجب.

=

....

=

(٣) (واخت) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: واخته.
(٤) (يشهدا) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: شهدا.
(٥) (ولد ولا والد) في: أ، وفي: ب، ج، د، هـ: والد ولا ولد.
(٦) (فما لم) في: أ، ب، هـ وفي ج: فان لم، وفي د: فلم.
(٧) (قالا) في: ب، ج، د، هـ، ،في أ: قال.
(٨) (ابن) في: د، هـ وساقطة من: أ، ب، ج.
(٩) (جازفا) في: ب، ج، هـ، وفي أ، د: جاز.
(١٠) (اذ) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: فاذا.
(١١) (لهما) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.
(١٢) انظر: جامع الفصولين١ :١٢٦، فصول العمادي ق:٥١ ,٥٢.
(١٣) (لما) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: كما.
(١٤) (انه) في أ، وساقطة من : ب، ج، د، هـ.
(١٥)يتلوم: اي تيأنى وينتظر (انظر: المبسوط ١٧ :٤٦).
(١٦) (يحضر) في: أ، ب، د، هـ، ،في ج: يحضره.
(١٧) (له) في: د، هـ، وساقطة من أ، ب، ج.
(١٨) (غيره) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ:غيره او لا نعلمه.
(١٩) (لا) في: أ، ج، وساقطة من: ب، د، هـ.
(٢٠) ووجه قول ابي حنيفة رحمه الله هو: ان حق الحاضر ثابت معلوم، وحق الغائب موهوم، ولا يقابل الموهوم المعلوم. فلا يؤخر القاضي تسليم حقه اليه الي اعطاء الكفيل. ارأيت لو لم يجد كفيلاً كان يمنعه حقه، هذا ظلم. (انظر: المرجع السابق).
(٢١) ووجه قول الصاحبين رحمهما الله هو: ان القاضي مامور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه، ومن الجائز ان للميت غريما، أو وارثا، غائبا، ففي أخذ الكفيا نظر للغا/ذب، ولا ضرر فيه للحاضر (انظر: المرجع السابق).
(٢٢) (ومدة) في: أ، د، هـ وفي ب: وهذا، وفي ج: أومدة.
(٢٣) (مفوضة) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: مفوض.
(٢٤) (القاضي) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: الامام.
(٢٥) (له) في: د، وساقطة من أ، ب، ج، هـ.
(٢٦) (النصيبين) في: أ، د، هـ، وفي ب: بنصيبين، وفي ج: النصيان.
(٢٧) جامع الفصولين ١ :١٢٦، فصول العمادي :٥١-٥٢.
-المسألة منقولة بحرفيتها من جامع النقولين.

فرع:

لو شرط على الظئر (١) الإرضاع بنفسها، فأرضعته بلبن شاه، فلا أجر لها. ولو اختلفا. فالقول لها مع يمينها استحساناً. ولو برهن أهل الصبي على ما ادّعوا فلا أجر لها.

وتأويل المسألة: ان يشهدا (انها) (٢) ارضعته بلبن شاه، لا بلبن نفسها، أما لو اكتفيا (بقولهما) (٣) ما أرضعته بلبن نفسها، لا تقبل شهادتهما، لقيامها على النفي مقصوداً. بخلاف الاول، لان النفي (ثمة) (٤) دخل في ضمن الاثبات، ولوبرهنا فبينّة الظئر اولى (٥) انظر "المحيط".

(١) الظئر: بهمزة ساكنة، ويجوز تخفيفها، الناقة تعطف على ولد غيرها، ومنه قيل للمرأة الأجنبية تحضن ولد غيرها ظئر. (انظر: المصباح المنير: ٣٨٨).

(٢) (أنها) في: أ، ب، د، هـ، ،في ج: انه.

(٣) (بقولهما) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بقولها.

(٤) (ثمة) في: أ، ج، وفي ب، د، هـ: تمّ.

(٥) انظر: جامع الفصولين ١:١٢٧، فصول العمادي ق: ٥٢، الأشباه والنظائر: ٢٢٢، الهندية ٤:٤٣٤.

الباب العشرون

في القضاء بالشهادة التي توجب حكماً، ولا توجب الحق المدعى (به). (١)

مسألة :

لو شهد الشهود على أنه سرق بعد حين ضمن المال، (ولم)(٢) يقطع لأن التقادم(٣) يؤثر في حق القطع، دون المال. (٤)

---

(١) (به) في : أ، جـ، د، هـ، وفي ب: له

(٢) (ولم) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ، : ولا

(٣) التقادم: هو مرور الزمن على وقوع الحادثة. (انظر: وسائل الاثبات: ٧٧٦).

(٤) انظر: شرح فتح القدير٥: ٣٦٢، المبسوط ٩: ٦٩، البدائع ٧: ٤٦-٤٧

- ذهب الحنفية الى القول ببطلان الشهادة في الحد المتقادم إذا كان خالصا لله تعالى - كحد السرقة.

قال ابن نجيم "والأصل ان الحدود الخالصة. حق الله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي، وهو يعتبرها بحقوق العباد والاقرار.

ولنا: أن الشهاد مخير بين حسبتين أداء الشهادة والستر: فالتأخير إن كان لاختيار الستر، فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجته، أو لعداوة حركته فيتهم فيها، وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع".

انظر: رسائل ابن نجيم:٢٠٨ في الرسالة الخامسة والعشرون

- وأما قبول الشهادة في حق الضمان، فلأن بطلانها في حق الحد لتمكن الشبهة فيها، والحد لا يثبت مع الشبهة، وأما المال فيثبت معها. (انظر: البدائع ٧:٤٧).

- وأما عن حد التقادم فقد فوضه الإمام أبو حنيفة لرأي القاضي وحدده الصاحبان بشهر، لأن مادون الشهر قريب عاجل. وما فوقه آجل. (انظر المبسوط: ٩ :٧٠).

مسألة :

لو شهد واحد عدل على الطلاق قبل الدخول، أو على الطلاق البائن. وطلبت المرأة من القاضي أن يضعها على يدي عدل وقالت: لي شاهد حاضر. يضع استحسانا، لأن قول الواحد في باب الحرمات مقبول وأمر البضع يحتاط فيه، فيحول بينهما، ولكن لا تجب الحيلولة. (١)

مسألة :

شاهد عدل، وامرأتان على الطلاق، أو العتق(٢): فإنها توجب اليمين عند جميعهم فإن أقامت المرأة شاهدا بالطلاق، وأنكر الزوج حلف. (وخلي) (٣) بينه وبينها(٤). وان نكل فعلى ما تقدم (٥).

---

(١) انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة: ١٨٩:٣ وما بعدها، شرح أدب القاضي للجصاص:٣٧٧
- المسألة بتمامها سبق ذكرها في الباب الثاني (في القضاء بشاهدين لا يجزئ غيرهما). فانظر التعليق عليها في ذلك الموضع.
(٢) أي شهد على الطلاق، أو العتق شاهد واحد عدل، أو شهدت بذلك امرأتان
(٣) (خلي) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ، : جبل، والصحيح خلي للحكم للزوج لذلك.
(٤) المسألة من تبصرة الحكام ٢:١٤، ولكن المصنف رحمه الله لم يكمل نقل المسالة لمعارضة الباقي لمذهب الحنيفة فتمام المسالة في التبصرة كالتالي: "وأن نكل سجن حتى يحلف، أو يطول أمره، والقول في ذلك: سنة، وقيل: يحبس أبدا حتى يحلف أو يطلق. وأما العتق: فيحلف السيد فإن نكل عتق عليه على أحد القولين، وسجن على الآخر حتى يحلف".
- وأما مذهب الحنفية فهو: جواز القضاء بالنكول عن اليمين، بعد أن يعرض القاضي عليه اليمين ثلاث مرات، فإن حلف فقد برئ من الدعوى. وإن نكل قضى عليه القاضي بنكوله.
أنظر: الهداية وحاشية نتائج الأفكار. ١٧٩:٨، تبيين الحقائق ٢٩٧:٤ البدائع ٢٣٠:٦.
- وأما تقييد المسألة بشهادة عدل، أو بشهادة امرأتين، فلم أظفر به في كتب الحنفية التي اطلعت عليها، لأن الدعوى لو كانت بلا شهود على الاطلاق، يقضى فيها بالنكول. (انظر: المراجع السابقة).
(٥) اي في الباب الثامن (في القضاء بالنكول عن اليمين).

مسألة:

لو ادّعى رجل أنه زنى بامرأة، وجاءوا بثلاثة شهداء، فشهدوا فهم قذفة يحدون إذا طلب المشهود عليه. (١) لما روى: "أنه شهد ثلاثة على "المغيرة" بالزنا عند "عمر" فقام الرابع (فقال) (٣): رأيت أقداما بادية، ونفسا (عالية)(٤)، وأمرا منكرا، ولا أعلم ما وراء ذلك. فقال "عمر": الحمد لله الذي لم يفضح رجلا من أصحاب "محمد" صلى الله عليه وسلم، وحد الثلاثة". (٥)

---

(١) انظر: المبسوط ٩:٩٠، الهندية ٢:١٥٢، الخانية ٣:٤٧١

- وقد قيدت مسألة اقامة الحد على القاذف بطلب المشهود عليه، لأن حد القذف اجتمع فيه حقان: حق العبد، وحق الله، الذي هو غالب فيه وما كان فيه حق العبد يتوقف النظر فيه على الدعوى مطلقا. وإن كان مغلوبا. (انظر: الهداية وشرح فتح القدير ٥:٣١٨).

(٣) (فقال) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: وقال

(٤) (عالية) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: عالياً

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٧/ ٣٨٤ - ٣٨٥ رقم ١٣٥٦٤ - ١٣٥٦٦) و (٨/ ٣٦٢ رقم ١٥٥٤٩ و٥ ١٥٥٥) وابن أبي شيبة (١٠:٩١-٩٣ رقم ٨٨٧١ و ٨٨٧٣) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/ ١٥٣). والطبراني في الكبير (٧/ ٣١١ رقم ٧٢٢٧) وابن حزم في المحلى (١١/ ٢٥٩) والحاكم في المستدرك (٣: ٤٤٨-٤٤٩) والبيهقي في سننه (٨:٣٤-٢٣٥) اخرجوه بأسانيد بعضها صحيح.

فرع:

لو جاءوا متفرقين (يشهدون) (١) على الزنا واحدا بعد واحد. فهم قذفة يحدون، (وأن)(٢) كثروا لأن اتحاد المجلس شرط لصحة الشهادة في باب الزنا، لأن كلا منهم متردد بين أن يكون قذفا، وبين أن يكون شهادة. وإنما (ينتفي) (٣) كونه قذفا باتحاد المجلس، لأن وقوع شهادتهم دفعة واحدة متعذر. فجعل الشهادة منهم في مجلس واحد كشهادتهم دفعة واحدة، (ولم)(٤) يوجد اتحاد المجلس. (٥).

وعن "محمد": إذا كانوا قعودا في موضع الشهود، فجاءوا واحدا بعد واحد فالشهادة جائزة (٦) وأن كانوا خارجين من المسجد ضربوا الحد. (٧) والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب.

---

(١) (يشهدون) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: يشهدوا

(٢) (وإن) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: إن

(٣) (ينتفي) في: أ، د، هـ، وفي ب: ينبغي، وفي جـ: ينفي

(٤) (ولم) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: ولو لم.

(٥) انظر: المبسوط ٩:٩٠، الهندية ٢:١٥٢، الخانية ٣:٤٧١

- وأما عن استدلال الحنفية لاشتراطهم اتحاد المجلس فقد قال في المبسوط ٩:٩٠ : "وحجتنا في ذلك ما روينا: أن الثلاثة لما شهدوا على المغيرة بن شعبة بالزنا بين يدي عمر رضي الله عنهما، وامتنع زياد. أقام الحد على الثلاثة -الحادثة سبق تخريجها-، ولم ينتظر مجيء رابع ليشهد عليه بالزنا، فلو كان اختلاف المجلس غير مؤثر في هذه الشهادة لا نتظر مجيء رابع ليدرأ به الحد عن الثلاثة.

وفي الكتاب ذكر عن الشعبي - رحمه الله. قال: لو جاء مثل ربيعه ومضر فرادى حددتهم، والمعنى فيه أن الشهادة على الزنا قذف في الحقيقة ولكن بتكامل العدد يتغير حكمها، فيصير حجة للحد فيخرج من أن يكون قذفا به، وفي مثل هذا المغير يعتبر وجوده في المجلس كالقبول مع الايجاب، فإن الايجاب ليس بعقد، فإذا انضم اليه القبول، يصير عقدا، فيعتبر وجود القبول في المجلس ليصير الايجاب به عقدا، وهذا لأن كلامهم من حيث أنه قذف مفترق، ومن حيث انه حجة كشيء واحد، ولاتحاد المجلس تأثير في جمع ما تفرق من الكلام. فإذا كان المجلس واحد جعل كلامهم كشيء واحد بخلاف ما إذا تفرقت المجالس" (انظر المراجع السابقة).

(٦) انظر: المراجع السابقة.

- وقول محمد رحمه الله- من باب الاستحسان، وإلا فالقياس يأبى ذلك.

ووجه القياس: إن اتحاد المجلس بهذا لا يحصل، وانما يحصل بأن يجلسوا جميعا بين يدي القاضي، فيشهدوا واحدا بعد واحد. (انظر: المبسوط ٩:٩٠)

وأما وجه الاستحسان: فهو أن الشهادات اجتمعت في مجلس واحد، وهذا من القاضي مبالغة في الاحتياط، لينظر انهم هل يتفقون على لفظ واحد إذا لم يسمع بعضهم كلام بعض، فلا يوجب ذلك قدحا في شهادتهم، فانا لو اعتبرنا هنذا القدر من التفرق، وجب اعتبار تفرق الأداء، وان جلسوا جميعا بين يدي القاضي، ولا يتصور أداؤهم جملة، لأن القاضي لا يتمكن من سماع كلام الجماعة (انظر: المرجع السابقة).

(٧) انظر: الهندية ٢:١٥٢، الخانية ٣: ٤٧١

- والمقصود بكونهم خارجين من المسجد أن يدخل ويشهد، ويخرج، ثم يدخل آخر ويشهد: فيشهدون واحدا بعد واحد. (انظر: المراجع السابقة).

الباب الحادي والعشرون

في القضاء (بالشهادات)[١] المجهولة، والناقصة التي يتمها غيرهم.

مسألة:

إذا شهد الشهود على رجل (بحق)(٢)، لا يعرفون (عدده)(٣). فاليمين على المدعى عليه، فإن أقر بشيء حلف عليه وبرىء. لأنه انما يحكم باقراره، لأن الشهادة لم يثبت بها الحق حتى يحكم به عليه، لأن الشهود لم يعيّنوا شيئا، ولا حدّوه، فشهادتهم مجهولة لا يحكم بها. ولو قالوا: نشهد أن له عليه دراهم، لا نعرف عددها فهي ثلاثة، وكذا لو شهدوا أن عليه دريهمات جعلت ثلاثة، ثم حلف على شهادتهم، لأن الشهود قد بيّنوا بشهادتهم شيئا معلوما وهي الدراهم، ويحلف مع شهادتهم لجواز ان يكون أكثر من ذلك (٤).

---

(١) (بالشهادات) في: أ، ب، وفي جـ، د، هـ: بالشهادة

(٢) (بحق) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٣) (عدده) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: قلاه

(٤) انظر: تبصرة الحكام ٢: ١٥

- وفيها: أن المسالة من كتاب الطرر لابن عات نقلا عن الأبهري

- ومذهب الحنفية في المسالة هو عدم جواز القضاء بالشهادة المجهولة قال ابن نجيم: "الشهادة بالمجهول غير صحيحة الا في ثلاث: إذا شهدوا أنه كفل بنفس فلان ولا يعرفونه، وإذا شهدوا برهن لا يعرفونه، أو بغصب شيء مجهول". (انظر: الأشباه والنظائر: ٢٢١ وراجع: الخانية ٢: ٤٧١ وما بعدها).

فرع:

لو أن رجلا أقر في (وصيته) (١) أن لفلان عليه حقا، (ثم مات) (٢)، ولم (يسم)(٣) ذلك الحق كم هو. فإنه يقال (للورثة) (٤) كم هو حق هذا؟ إن قالوا: لا علم لنا به. قيل للمقر له: كم حقك؟. فإن سماه (حلف) (٥) عليه، وأعطيه، وإن قال: لا (أعرفه)(٦)، وهو كان أحفظ مني. قيل للورثة: لا تصلوا الى شيء من (هذا)(٧) الميراث حتى تدفعوا الى هذا حقه منه، أو تقروا له بما شئتم، ويحلفون عليه، لأن هذا قد ثبت (له أن) (٨) له فيها حقا فلا بد أن يصل إلى حقه. (٩)

---

(١) (وصيته) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: وصية
(٢) (ثم مات) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ :فمات
(٣) (يسم) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: يتم
(٤) (للورثة) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: لورثته
(٥) (حلف) في: أ، ب، وفي جـ،د،هـ: احلف
(٦) (لا اعرفه) في: أ،ب،د،هـ، وفي جـ:اعرفه
(٧) (هذا) في:أ،ب،د،هـ،وساقطه من جـ
(٨) (له ان) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: لأن
(٩) انظر: تبصرة الحكام ٢:١٦
- وفيها: ان المسألة قول حكاه مطرف لابن فرحون
- ولم أجد نظيرا لهذه المسألة في كتب الحنفية التي راجعت.

مسألة :

قال في "المحيط" : شهود الدار لم يشهدوا أنها في يد المدعى عليه، فشهد آخران أنها في يد المدعى عليه يقبلها القاضي، كما لو شهدا بالملك في المحدود، وشهد آخران بالحدود يقبل جميعا. وكما لو شهدوا على الاسم والنسب، ولم يعرفوا الرجل بعينه فشهد آخران أنه المسمى بذلك الاسم، ويجعل كما لو ثبت الأمران بشهادة فريق واحد.(١).

مسألة :

ولو قالوا: نشهد أن الدار التي في أيدي بني فلان، ويذكر المدعي حدودها الأربعة، ملك المدعي بهذا السبب، ولكنا لا نعرف حدودها، ولا نقف عليها، (فشهد)(٢) آخران بحدود الدار المدعى بها لا تقبل. وفي عامة الروايات تقبل وهو الأصح. (٣)

انظر: "القنية" و"الخلاصة".

---

(١) انظر: الدر المختار ٥:٤٩١، حاشية الطحطاوي ٣:٢٥٥

(٢) (فشهد) في: أ،جـ،وفي ب، د، هـ: وشهد

(٣) انظر: الخانية ٢:٤٧٢

الباب الثاني والعشرون

في القضاء بشهادة غير العدول للضرورة

حكى بعضهم (١): أن أهل البادية إذا شهدوا في (حق) (٢) لامرأة، أو غيرها، ولم يكن فيهم (عدل)(٣) أن يستكثر منهم، ويقضي بشهادتهم.

فرع:

وسئل بعض العلماء (٤). عن القرى البعيدة من المدن، على الثلاثين ميلا والأربعين وفيها الثلاثون رجلا، والأكثر من ذلك، والأقل، وليس فيهم عدل مشهور (بعدالة)(٥)، وفيهم مؤذنون، وأئمة، وقوم موسومون (بخير)(٦)، غير أن القضاة (لا يعرفونهم)(٧) بعدالة، ولا يجدون من يعرفهم. يجتمعون عندهم على الشهادة في الأملاك. والديون، والمهور، والنكاح، وغير ذلك ولا يخالف منهم أحد. هل تجوز شهادتهم ويقضى بها؟ أو يتركون من غير أن ينظر في (أمرهم) (٨). فكتب في الجواب: لكل قوم عدولهم، ولابد من معرفة القاضي لهم بنفسه. يعني بذلك: (التوسم) (٩) فيهم.

---

(١) هذا القول حكاه ابن عبد الغفور في كتابه الاستغناء عن بعض شيوخه المتأخرين، وقد نقله عنه ابن عات في كتابه الطرر. (انظر: تبصر الحكام ٢: ١٩)

(٢) (حق) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: الحق

(٣) (عدل) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: عدلان

(٤) انظر: تبصر الحكام ٢: ١٩. وقد نسب صاحب التبصرة هذا السؤال الى بعض الشيوخ المفتين، وقال: ونحو ذلك لابي صالح صاحب النصائح

(٥) (بعدالة) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: بعدالته

(٦) (بخير) في: أ، ب، د، هـ، وساقطه من جـ

(٧) (لا يعرفونهم) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٨) (أمرهم) في: ب، جـ، د، هـ، وفي جـ: لا يعرفون

(٩) (التوسم) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: التوهم

- والتوسم: هو التفرس.

قال في القاموس ١: ١٨٦: "وتوسم الشيء تخيله، وتفرسه"

فرع :

ومن ذلك؛ أن يحمل كتاب قاض الى قاض رجلان، فيشهدا عند المكتوب إليه على كتاب القاضي وأثنى عليهما القاضي بخير، وان لم يكن تعديلا، أو زكى أحدهما، ولم يزك الآخر، أو توسم فيهما الصلاح، وكان الخط، والخاتم مشهورين عند المكتوب إليه. (فإني) (١) استحسن اجازة مثل هذا لتعذر(٢) العدول، ولما جرى به العمل في صدر السلف الصالح من اجازة الخواتم. (٣)

مسألة :

قال "القرافي" (في) (٤) باب السياسة (٥): نص بعض العلماء (٦): على أنا إذا لم نجد في (جهة) (٧) الا غير العدول: أقمنا أصلحهم، وأقلهم فجورا (للشهادة) (٨) عليهم، ويلزم ذلك في القضاة وغيرهم، لئلا تضيع (المصالح) (٩)

قال: وما أظن أحدا (يخالفه) (١٠) في هذا. فإن التكليف (شرطه الامكان) (١١) وهذا (كله) (١٢) للضرورة، لئلا تهدر الأموال، وتضيع الحقوق.

---

(١) (فإني) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: فإن.
(٢) (لتعذر) في: أ، د، هـ، وفي ب: لتعزز، وغير مقروءة في جـ
(٣) أنظر: تبصرة الحكام ٢: ٢١ فالمسألة منقولة عن التبصرة.
- والاستحسان في المسألة هو لابن فرحون رحمه الله.
(٤) (في) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ
(٥) من كتابه الذخيرة (انظر تبصرة الحكام ٢: ٢٤)
(٦) النص لابي زيد في كتابه النوادر (انظر المرجع السابق)
(٧) (جهة) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: جهته.
(٨) (للشهادة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ب: وللشهادة
(٩) (المصالح) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: المسائل
(١٠) (يخالفه) في: أ، وفي ب، جـ، د، هـ: يخالف
- والضمير في يخالفه عائد على بعض العلماء الذي هو أبو زيد
(١١) (شرطة الامكان) في: ب، وفي أ، جـ، د، هـ: شرط في الامكان
(١٢) (كله) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: كلفه.

قال بعضهم (١): وإذا كان (الناس) (٢) فساقا إلا القليل النادر، قبلت شهادة بعضهم على بعض، (ويحكم) (٣) بشهادة الأمثل، فالأمثل، من الفساق. هذا هو الصواب الذي عليه العمل، وان انكره كثير من الفقهاء بالسنتهم، كما أن العمل على صحة ولاية الفاسق، نفوذ أحكامه، وان أنكروه بألسنتهم، وكذلك العمل على صحة كون الفاسق (وليا) (٤) في النكاح، ووصيا في المال. - (وهذا يؤيد) (٥) ما نقله القرافي- (٦)، وإذا غلب على الظن صدق الفاسق، قبلت شهادته وحكم بها، والله تعالى لم يأمر برد خبر الفاسق، فلا يجوز رده مطلقاً، بل (يتثبت) (٧) منه حتى يتبين صدقه من كذبه فيعمل على ما تبين، وفسقه عليه.

واعلم أن لرد شهادة الفاسق (مأخذين) (٨):

أحدهما: عدم الوثوق به. وأنه (يحمله) (٩) قلة مبالاته بدينه ونقصان وقار الله في قلبه على تعمد الكذب.

الثاني: هجره على اعلانه بفسقه. (ومجاهرته) (١٠) به. فقبول شهادته فيهاابطال لهذا الفرض المطلوب شرعا.

فإذا علم صدق لهجته، وأنه من أصدق الناس، وإن فسقه (بغير) (١١) الكذب فلا وجه لرد شهادته "وقد استأجر رسول الله صلى الله عليه وسلم هاديا يدله على طريق المدينة : وهو مشرك على دين قومه" (١٢) ولكن لما وثق بقوله أمّنه، ودفع اليه راحلته، وقبل دلالته. وقال أصبغ بن (الفرج) (١٣) من (١٤) أئمة المالكية (١٥): اذا شهد الفاسق عند الحاكم وجب علينه التوقف في القضية، وقد يحتج له بقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوماً بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين" (١٦).

---

(١) هذا القول لابن قيم الجوزية. فيما ينقله عنه صاحب التبصرة (انظر: تبصرة الحكام ٢: ٢٧) وانظر: الطرق الحكمية: ١٧٥-١٧٦.

(٢) (الناس) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٣) (ويحكم) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: وحكم

(٤) (وليا) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: واليًا

....

=

(٥) (وهذا يؤيد) في : أ، ب، د، هـ، وفي جـ: ويؤيد هذا

(٦) العبارة المعترضة من كلام ابن فرحدن في التبصرة

(٧) (يثبت) في: أ، جـ، د، هـ وفي ب: يثبت

(٨) (ماخذين) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: ماخذان، خطأ نحوي.

(٩) (يحمله) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ:يحمل

(١٠) (ومجاهرته) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: مهاجرته

(١١) (بغير) في: أ، جـ، د، هـ وفي ب: لغير

(١٢) أخرجه البخاري في صحيحه (الفتح ٤:٤٤٢ و ٤٤٣ رقم ٢٢٦٣ و ٢٢٦٤ / الاجارة/ استئجار المشركين عند الضرورة/ وإذا استأجر أجيرا ليعمل له...)و (٧/ ٢٣٠-٢٣٢ رقم ٣٩٠٥ مناقب الانصار/هجرة النبي صلى الله عليه وسلم).

(١٣) (الفرج) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: الفراج

(١٤) هو أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع مولى عبد العزيز بن مروان يكنى أبو عبد الله، ولد بعد سنة ١٥٠هـ توفى بمصر على خلاف ٢٥٠ أو ٢٥٤ هـ.

فقيه مالكي.

من تصانيفه: كتاب الأصول، تفسير غريب الموطأ، آداب الصيام، المزارعة، آداب القضاء، الرد على أهل الأهواء، سماعه من ابن القاسم.

انظر :(الديباج المذهب: ١:٣٠٠ ترتيب المدارك ٤:١٧ و ما بعدها).

(١٥) وقول أصبغ هو مما ينقله عنه ابن قيم الجوزية (انظر: المرجعين السابقين).

(١٦) سورة الحجرات/آية ٦.

وقال "ابن قيم الجوزية الحنبلي" (١): وسر المسألة أن مدار قبول الشهادة وردها على غلبة (ظن) (٢) الصدق وعدمه. قال: والصواب المقطوع به أن العدالة تتبعض، فيكون الرجل عدلا في شيء، فاسقاً في شيء. فإذا تبين للحاكم أنه عدل فيما شهد (به) (٣) قبلت شهادته، ولم يضره فسقه في غيره.

وأصل هذا وقع في "المحيط" (٤) و"القنية"، إذا كان الرجل يشرب سرا وهو (ذو) (٥) (مروءة)(٦) فللقاضي أن يقبل شهادته

---

(١) انظر: الطرق الحكمية: ١٧٦

(٢) (ظن) في: أ، ب، جـ، هـ وساقطة من د

(٣) (به) في: أ، ب، د، هـ وفي جـ: له

(٤) انظر: المحيط ٤:ق ٢٣٨، والبزازية ١٤٩:٥

(٥) (ذو) في: د، هـ وفي أ، ب: ذا . وفي جـ: ذوا

(٦) (مروءة) في' أ، ب، جـ، د ، وفي هـ : مروأة

- واما فيما يتعلق بمذهب الحنفية في مسالة القضاء بشهادة غير العدول للضرورة فهو على النحو التالي:

ذهب الحنفية الى القول باشتراط العدالة في الشاهد لقوله تعالى "وأشهدوا ذوي عدل منكم" وعليه فلا تجوز شهادتة الفاسق.، واذا قضى القاضي بشهادة الفاسق نفذ قضاؤه، ويكون القاضي عاصيا. (انظر: الهداية وشرح فتح القدير ٣٧٦,٣٧٥:٧)

واستثنى الامام أبو يوسف - رحمه الله- من عدم جواز شهادة الفاسق من كان ذا وجاهة ومروءة من الناس كمباشري السلطان والمكسة، وغيرهم لأنهم في العادة يمتنعون عن شهادة الزور لوجاهتهم.

وقد قال الكمال بن الهمام: أن القول الأول هو الأصح، لأن تعليل ابي يوسف في مقابل النص. (انظر: المرجع السابق)

- واما فيما يتعلق بموضوع الضرورة - أي فيما لو توقف الحكم على العدالة بحيث لو لم يحكم لضاعت الحقوق فقد قال في حاشية الدرر على الغرر ٣٢٤:٢: "ولكن أبا يوسف استثنى من الفاسق، من كان ذا وجاهة ومروءة فإنه يجب قبول شهادته، كما في البزازية، والظاهر في توجيه قبول شهادة الفاسق أنه لو توقف على العدالة في هذا الزمان لضاعت الحقوق، فاذا غلب على الظن صدق الفاسق يقبل قوله في ظاهر المذهب، وعليه أهل سمرقند، وبخارى، كما في المقدسي ويحمل ما في القاعدية على هذا، فيظهر منه أنه اذا حكم بناء على ظنه في صدق الشاهد ينفذ ولا يأثم، واما اذا حكم من غير اهتمام عند تعين فسقه لا ينفذ مع أنه يأثم بهذا الحكم. تدبر".

وانظر: حاشية رد المحتار مع الدر المختار ٤٦٦,٤٦٥:٥.

الباب الثالث والعشرون

في كتاب القاضي (إلى القاضي) (١)

إذا تقدم رجل (الى القاضي) (٢) فسأله ان يقبل بيّنته على حق على رجل في بلد آخر، ليكتب له كتابا الى قاضي ذلك البلد، فالقاضي يسمع من شهوده، على (حقه)(٣) الذي (يدعي) (٤)، لأن الحاجة (ماسة)(٥) الى هذا، فإن الإنسان قد يتعذر عليه الجمع بينه، وبين خصمه، والشهود في مجلس القاضي. فكان فيه حاجة ماسة الى تجويز كتاب القاضي الى القاضي، كما في الشهادة على الشهادة (جعلت) (٦) حجة لمساس الحاجة (٧).

---

(١) (الى القاضي) في: ب، د، هـ، وفي أ، جـ: القاضي

(٢) (الى القاضي) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: للقاضي

(٣) (حقه) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: الحق

(٤) (يدّعي) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: ادّعى

(٥) (ماسة) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: عامة

(٦) (جعلت) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: فجعلت

(٧) شرح أدب القاضي لابن مازة ٣: ٢٨٢، وانظر: شرح أدب القاضي للجصاص ٤٠٩

- والقول بجواز كتاب القاضي الى القاضي عند الحنفية هو من باب الاستحسان لا من باب القياس. ووجه القياس أن كتاب القاضي لا يكون أقوى من عبارته وهو لو اخبر القاضي المكتوب اليه في محله لم يعمل بإخباره، فكتابه أولى بعدم العمل.

ووجه الاستحسان هو: حاجة الناس الى ذلك، ولما روي انه صلى الله عليه وسلم كتب الى الضحاك بن سفيان: "أن ورّث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها".

-- أخرجه عبد الرزاق (٩/ ٣٩٧-٣٩٨ رقم ١٧٧٦٤ ، ١٧٧٦٥) وأحمد (٣/ ٤٥٢) والترمذي (٤/ ٢٧ رقم ١٤١٥/ الديات/ المرأة هل ترث من دية زوجها) و(٤/ ٤٢٥-٤٢٦ رقم ٢١١٠/ الفرائض/ ميراث المرأة من دية زوجها). وأبو داود (عون المعبود ٨/ ١٤٤-١٤٥ رقم ٢٩١١/ الفرائض/ المرأة ترث من دية زوجها). وابن ماجه (٢/ ٨٨٣ رقم ٢٦٤٢ / الديات / الميراث من الدية) والنسائي في الكبرى (نصب الراية ٤/ ٣٥٢) والطبراني في الكبير (٨/ ٣٥٩-٣٦٠ رقم ٨١٣٩ و ٨١٤٠ و ٨١٤٢) والدارقطني (٤/ ٧٧ رقم ٣١و٣٢) والبيهقي (٨/ ١٣٤) ورجاله رجال الصحيح غير أن في سماع سعيد بن المسيب من عمر مقالا. وقد اختلف فيه فرواه مالك في الموطأ عن الزهري معضلا، من غير ذكر سعيد بن المسيب (٦٢٤ رقم ١٥٧٩ / العقول / ميراث العقل والتغليظ فيه) وتنوير الحوالك (٣/ ٧٠) وكذلك اخرجه البيهقي من طريق مالك (٨/ ١٣٤). =

وذكر "الخصاف" في "أدب القاضي" (١): (القاضي) (٢) يكتب عند (شطر)(٣) الشهادة، بأن أقام رجل عند القاضي شاهدا واحدا بحق له قبل رجل، أو شهدت له امرأة ، أو شهادة على شهادة، فالقاضي يكتب له بذلك، لأن القاضي انما يكتب عند كمال النصاب لأجل الضرورة، وهو تعذر الجمع بينه وبين خصمه، وشهوده، (وهذا)(٤) المعنى موجود فيما اذا وجد شطر الشهادة، أو نصف الشطر، لأن الانسان ربما يكون بعض شهوده في هذه البلدة، (وبعضهم) (٥) في (البلدة الأخرى)(٦) فيجوز الكتاب، كما يجوز عند (كمال)(٧) النصاب. (٨).

=

وجاء من حديث المغيرة بن شعبة أخرجه الدارقطني (٤/ ٧٦ رقم ٢٧, ٢٨) والطبراني في الكبير (١/ ٣٠٤ رقم ٨٩٨) وفي اسناده زفر بن وثيمة النصري لم يرو عنه غير محمد بن عبد الله الشعيثي، قال ابن القطان: مجهول الحال، ووثقة ابن معين ودحيم. وقال الحافظ: مقبول "يعني إذا توبع"، ولم يتابع عن المغيرة فيما أعلم.

وقد اختلف فيه زفر، فرواه مرة عن المغيرة مرفوعا، ومرة عن المغيرة عن زرارة بن جزء، ومرة عن المغيرة عن أسعد بن زرارة. وذكره الدارقطني أيضا عن مكحول. فقال: عن زرارة بن جزي عن المغيرة"، وهذا اضطراب آخر، ولكن اسناده ضعيف، وقد ذكر الحافظ في الاصابة الحديث من طريق زفر ثم قال: اسناده حسن. (١/ ٥٤٧)، كذا قال وأخرجه أيضا ابن شاهين باسناد آخر عن المغيرة بن شعبة (الاصابة ٢/ ١٥١-١٥٢) وهو منقطع، وفيه أيضا عنعنة محمد بن اسحاق.-انظر: حاشية رد المحتار ٥ :٤٣٢، المبسوط ١٦ :٩٥، روضة القضاة ١ :٣٢٩ شرح فتح القدير ٧ :٢٨٦

(١) شرح أدب القاضي لابن مازة ٣ :٢٩٥، شرح أدب القاضي للجصاص: ٤٢٢

(٢) (القاضي) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٣) (شطر) في: ب، د، هـ، وفي أ: شرط، وفي جـ: شرطه

(٤) (وهذا) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: هذا

(٥) (وبعضهم) في: د، هـ، وفي أ، ب، حـ: وبعضه

(٦) (البلده الأخرى) في: ب، وفي أ، جـ، د، هـ: البلد الآخر

(٧) (كمال) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٨) وقد علل الجصاص المسالة بقوله: "لأنه لو جاء بالمدعى عليه، وأقام عليه شاهدا، واحدا، أو امرأة واحدة، قبل ذلك منه، وقيل له: هات شاهدا آخر حتى يتم لك الحق. وفي المرأة يقال له: هات امرأة أخرى ورجلا آخر يشهدان على مثل شهادة هذه، ويتم لك الحق، فكذلك ها هنا يسمع القاضي منه، ويكتب له بذلك الى القاضي المكتوب إليه ويقيم تمام الشهادة هناك". (انظر شرح أدب القاضي للجصاص : ٤٢٢").

فصل

ولو كان القاضي علم شيئا من اقرار رجل لرجل بحق ما خلا الحدود، والقصاص، فسأله صاحب الحق أن يكتب له بذلك الى قاضي بلد آخر، والمطلوب هناك. اختلف المشايخ فيه.

قيل: إن كان علم به حالة القضاء يكتب، لأنه يمكنه القضاء بهذا العلم فلأن يمكنه الكتاب (كان)(١) أولى. وأن كان علم به قبل القضاء (عند) (٢) ابو حنيفة: لا يكتب كما لا يقضي. وعندهما يكتب كما يقضي.

وقيل: القاضي يكتب في الوجهين جميعا في قولهم جميعا، وفرقوا "لأبي حنيفة" بين القضاء، والكتاب. والصحيح هو الأول. (٣)

---

(١) (كان) في: أ، ب، جـ، وساقطة من د، هـ

(٢) (عند) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٣) شرح ادب القاضي لابن مازه ٣:٢٩٥

وانظر: شرح أدب القاضي للجصاص: ٤٢١، الهندية ٣:٣٩٤

- وقد قيد الجصاص رحمه الله - المسالة فيما اذا كان القاضي المكتوب اليه ممن يرى القضاء بعلم القاضي، فاما إن كان المكتوب إليه لا يرى القضاء بعلم القاضي، فلا معنى لكتاب القاضي إليه، لأنه لا يجوز للمكتوب إليه ان يحكم بما عنده أنه خطأ وباطل. (انظر شرح أدب القاضي للجصاص:٤٢١)
- وخلاف الإمام أبي حنيفة مع صاحبيه - رحمهم الله جميعا - مبني على خلافهم في مسالة جواز قضاء القاضي بعلمه، ومتى يكون له ذلك، والمسالة قد أوردها المصنف - رحمه الله - بتمامها في الباب الخامس والعشرين (في القضاء بعلم القاضي ونفوذ قوله). فراجعها في موضعها.
- والمعتمد في مذهب الحنفية عند المتأخرين عدم جواز كتاب القاضي بعلمه كما لا يجوز قضاؤه بعلمه لفساد قضاة الزمن. وعليه الفتوى وهو رأي المتقدمين. (انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥ : ٤٣٩).

فصل

وإذا أراد القاضي أن يكتب الى قاض آخر. يكتب في الكتاب اسم المدعي، (واسم) (١) أبيه، واسم جده، وحليته (٢)، وينسبه الى قبيلته، وفخذه، أو صناعته ان لم يكن من العرب. (٣)

ويكتب اسم المدعى (عليه) (٤) لأن التعريف يقع بهذه الأشياء (٥)، لأنه قلما يتفق رجلان في هذه الأشياء الثلاثة: (٦)

وإن ذكر اسمه، واسم أبيه، واسم جده، وترك ما سوى ذلك (كفاه) (٧) (وإن نسبه) (٨) الى فخذه، أو الى (تجارته) (٩)، أو الى (صناعته) (١٠) كان ذلك زيادة في التعريف، إلا أن يكون شرطا لازما. (١١)

وان ذكر اسمه، واسم أبيه، ولم يذكر اسم جده، أو نسبه (الى قبيلته)(١٢) أو الى صناعته، وترك اسم الجد فهو على الخلاف المعروف (١٣). وسيأتي له مزيد بيان.

فإن كان في الفخذ (رجلان)(١٤) (بذلك)(١٥) الاسم، (والنسبة)(١٦)، والتجارة. لم يصح، لأن التعريف لم يحصل، لأن الشركة لم تنقطع بينه وبين غيره، فإن أقام المدعى عليه بينة أن في القبيلة (رجلا) (١٧) آخر بهذا الاسم، والنسب، فإن كان حيا لا يقضي، لأن الثابت بالبينة (العادلة)(١٨)، كالثابت معاينة، وإن كان ميت ينظر، إن كان ميتا قبل شهادة الشهود، وكتاب القاضي صح الكتاب، لأن التعريف يحصل بهذا. لأنه ذكر اسم فلان مطلقا، ومطلق الاسم ينصرف الى الحي دون الميت. فكأنهم ذكروا في الشهادة فلان بن فلان الحي. فتعين الحي مطلوبا. وإن كان حيا وقت الكتابة لا تصح لأن التعريف لم يقع لما كانا حيين وقت الكتابة، لأن مطلق الاسم (يتناولها) (١٩) فيبقى الإشتباه (٢٠).

---

(١) (واسم) في: أ، ب، جـ، هـ، وفي د: اسم

(٢) حليته: اي صنعته

قال في المصباح المنير ١٤٩:١ : "الحلية بالكسر الصنعة، والجمع حلى مقصور وتضم الحاء، وتكسر". =

....

(٣) شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٢٨٤، وانظر: الهندية ٣:٣٨٢، البزازية ٥:١٨٢، روضة القضاة ١:٣٤٣

(٤) (عليه) في: د، هـ، وساقطة من أ، ب، جـ

(٥) انظر: المراجع السابقة

(٦) الثلاثة هي: النسب، والحلية (عنوان السكن) والصناعة.

(٧) (كفاه) في: أ، ب، جـ، هـ، وفي د: كفاءة

(٨) (وإن نسبه) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: لأن نسبته

(٩) (تجارته) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: تجارة

(١٠) (صناعته) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: صناعة

(١١) انظر: المراجع السابقة

(١٢) (الى قبيلته): في أ، ب، د، هـ وفي جـ: أو قبيلته

(١٣) والخلاف هو أن أبا حنيفة رحمه الله يشترط ذكر الجد لصحة التعريف. وأبا يوسف رحمه الله لا يشترط ذلك، وقول محمد مضطرب في ذلك. وكان القاضي الامام أبو علي السغدي - لا يشترط ذكر الجد في الابتداء، ثم رجع عن ذلك. وهو الصحيح وعليه الفتوى (انظر: الهندية ٣:٣٨٢، البزازية ٥:١٨٢)

- وأما عن النسبة الى القبيلة دون ذكر الجد، فإن كان أدنى القبائل والافخاذ الذي يعرف بذلك، فقد كفى بلا خلاف، ويقوم مقام اسم الجد لحصول الإعلام به، فإنه قلما يتفق اثنان في أدنى الأفخاذ في اسمهما، واسم أبيهما. وإن نسبه الى أعلى الأفخاذ والقبائل، بأن قال: تميمي، وأما أشبهه لا يكتفي به، (انظر: المرجعين السابقين).

- وأما إن نسبه الى صناعته دون ذكر جده لا يكفي عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما اذا كانت صناعة يعرف بها لا محالة يكفي (انظر: المرجعين السابقين)

(١٤) (رجلان) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: رجلا

(١٥) (بذلك) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: يذكر

(١٦) (والنسبة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: والنسب.

(١٧) (رجلا) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: رجل،خطأ نحوي.

(١٨) (العادلة) في: أ، ب، د، هـ وفي جـ: العالة.

(١٩) (يتناولهما) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: يتناوله.

(٢٠) انظر: روضة القضاة ١:٣٤٣

(فرع) (١):

ثم إن شاء كتب أسماء الشهود الذين شهدوا عنده، وأنسابهم، (وحلاهم) (٢)، ومواضعهم، وإن شاء اكتفى بقوله: شهد عندي بذلك شهود عدول، (عرفتهم) (٣). وأثبت معرفتهم .كما في (القاضي) (٤) إذا كتب السجل، إن شاء أظهر فيه أسماء الشهود، وأنسابهم و إن شاء اخفى واكتفى بقوله: بعدما ثبت بشهادة شهود عدول كذا هذا، ثم إذا كتب أسماء الشهود، كتب (فيه عدالتهم) (٥) إن عرفهم بعدالة، وإلا (سأل)(٦) عنهم . وإن لم يكتب القاضي عدالة الشهود لا بأس به، لأن القاضي المكتوب اليه متى وصل اليه الكتاب يتفحص عن حال الشهود (الذين شهدوا عند القاضي) (٧) بحق فمتى (ظهرت) (٨) العدالة حينئذ يقضي (٩).

---

(١) (فرع) في: ب، جـ، د، هـ، وساقطة من أ

(٢) (وحلاهم) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: وجلاؤهم

(٣) (عرفتهم) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: عرفهم

(٤) (القاضي) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: القضاء

(٥) (فيه عدالتهم) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: عدالتهم فيه

(٦) (سال) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: يسال

(٧) (الذين .. القاضي) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: والذي يشهدوا عنده

(٨) (ظهرت) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: ظهر

(٩) شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٢٨٥، وانظر: روضة القضاة ١:٣٣١ الهندية، ٣:٣٨٥

مسألة:

وإذا كتب الكتاب يقرأ كتابه على الشهود (الذين) (١) أشهدهم على الكتاب لأن معرفة ما في الكتاب للشهود شرط عندهما. خلافا "لأبي يوسف" رحمه الله (٢) ويختم الكتاب بحضرتهم، لأنه لو لم يختم بحضرتهم يتوهم التغيير، والتبديل، ويشهدهم أن هذا كتابه الى فلان بن فلان (قاضي)(٣) بلد كذا، وهذا خاتمة عليه، حتى لا يشتبه على الشهود حال المكتوب (إليه)(٤). (٥)

---

(١) (الذين) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: الذي

(٢) انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٢٨٦، اللباب في شرح الكتاب ٤:٨٥ ،الهداية وشرح فتح القدير ٧:٢٩٢ البناية ٧:٤٧، حاشية رد المحتار ٥:٤٣٣

(٣) (قاضي) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: القاضي

(٤) (اليه) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٥) انظر: المراجع السابقة

- وقد استدل الطرفان رحمهما الله لقولهما باشتراط قراءة الكتاب على الشهود بأنه لا شهادة بلا علم المشهود به. كما لو شهدوا بأن هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين. وكذلك اشترط الطرفان أن يحفظ الشهود ما في الكتاب، لذلك يدفع القاضي اليهم نسخة أخرى من الكتاب مفتوحة ليستعينوا بها على حفظ ما في الكتاب، فإنه لابد من التذكر من وقت الشهادة الى وقت الاداء.

(انظر: الهداية وشرح فتح القرير ٧:٢٩٢)

- وأما أبو يوسف - رحمه الله- في قوله الآخر: فإنه لم يشترط قراءة الكتاب على الشهود، ولا ختمه وقد رخص في ذلك لما ابتلي بالقضاء من باب التيسير على الناس، وقد اختار شمس الأئمة السرخي قوله، وبه يفتى.

ووجه قول أبي يوسف هو: أنه لما كان الشهود عدول وهم حملة الكتاب فلا يضر القاضي كونه غير مختوم، مع شهادتهم أنه كتابه. إذ لو كان الكتاب مع المدعي ينبغي أن يشترط الختم لاحتمال التغيير والتبديل، إلا أن يشهدوا بما فيه حفظا، فالوجه إن كان الكتاب مع الشهود أن لا تشترط معرفتهم لما فيه، ولا الختم، بل تكفي شهادتهم انه كتابه مع عدالتهم، وإن كان الكتاب مع المدعي اشترط حفظهم لما فيه فقط.

(انظر: الهداية وشرح فتح القدير ٧:٢٩٢، حاشية رد المحتار ٥:٤٣٣)

فصل

شرائط قبوله (١) أشياء:

أحدها: أنه لا يقبل القاضي (المكتوب) (٢) اليه حتى يقيم عليه (البينة) (٣) أنه كتاب القاضي عند علمائنا. (٤) خلافا "للشعبي" (٥) بخلاف كتاب أهل الحرب إذا جاء الى امام المسلمين، يكون معتبرا بغير بينة. وبخلاف رسول القاضي الى المزكي، ورسول المزكي الى القاضي، لأن القضاء إنما يقع بشهادة الشهود لا بالتزكية. (٦)

(١) الضمير في قوله: "قبوله" يعود على كتاب القاضي الى القاضي

(٢) (المكتوب) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: مكتوب

(٣) (البينة) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة في جـ

- والبينة: هي شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، كالشهادة على سائر الحقوق. (انظر: شرح فتح القدير ٧:٢٩٠).

(٤) أي عند الحنفية.

انظر: الهداية وشرح فتح القدير ٧:٢٩٠، البناية ٧:٤٥، شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٢٨٠.

(٥) هو أبو عمرو، عامر بن شراحيل بن عبد، الشعبي، من همذان من فقهاء التابعين بالكوفة توفى سنة ١٠٤ وقيل ١٠٧ وهو ابن ٨٢ سنة

(انظر طبقات الفقهاء للشيرازي ص ٨٢).

- وقد ذهب الشعبي الى القول بقبول كتاب القاضي اذا جاءه بغير بيّنة شريطة أن يكون الكتاب مختوما.

وكان الشعبي - رحمه الله - يقول: أجمعنا أن كتاب أهل الحرب اذا جاء الى إمام المسلمين يكون معتبرا بغير بينة، حتى اذا دخل الكافر الذي معه الكتاب دار الاسلام بغير استئمان - يكون آمنا، فلأن يكون الكتاب الذي جاء من قاضي المسلمين معتبراً من غير بينة أولى. وصار هذا كرسول القاضي الى المزكي، ورسول المزكي الى القاضي، حيث يكون معتبرا من غير بينة فكذا هذا"

انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٢٧٩، أخبار القضاة ٢:٤١٦

وقد وافق الشعبي في قوله بعض السلف منهم الحسن، وسوار بن عبد الله، وأبو يوسف في رواية، وأبو ثور، واسحق بن راهوية، وأبو عبيد القاسم بن سلام، ومالك في احدى الروايتين عنده، وأبو سعيد الاصطخري من الشافعية. (انظر: أدب القاضي للماوردي ٢:٩٦، شرح فتح القدير ٧:٢٩١)

(٦) ما ذكره المصنف - رحمه الله - هو رد الحنفية على استدلال الشعبي، لأن ما استدل به الشعبي من كتاب أهل الحرب، ورسول القاضي الى المزكي، ورسول المزكي الى القاضي، هي أمور ليست ملزمة، على خلاف كتاب القاضي الى القاضي فانه ملزم، حيث يجب على القاضي المكتوب اليه أن ينظر فيه، ويعمل به، والحجة لا تكون ملزمة إلا ببينة. (انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٢٨٠)

الثاني: أن يقرأ عليهم الكتاب (١)، أو يخبرهم (بما) (٢) فيه، حتى لو (شهدا) (٣) أنه كتاب القاضي، وخاتمه، ولم يشهدوا بما فيه. لا تقبل هذه الشهادة عندهما. وعند "أبي يوسف": تقبل (٤)

الثالث: أن يختم الكتاب بحضرتهم، وإن كان غير مختوم لا يقبل.

وقيل: عند "أبي يوسف" يقبل (٥)

وقيل: لا يقبل بالإتفاق (٦)

وذكر "الخصاف": (أنه) (٧) لو (انكسر) (٨) خاتم القاضي الذي على الكتاب (يقبله) (٩) في قولهم جميعا، لأن هذا مما (يبتلى) (١٠) به الناس. (١١)

---

(١) أي: أن يقرأ القاضي الكاتب الكتاب على الشهود.

(٢) (بما) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: لما

(٣) (شهدا) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: شهد

(٤) انظر: البناية ٧:٤٧، حاشية رد المحتار ٥:٤٣٣ شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٢٨٦

- وقد سبق ذكر المسألة في الباب والتعليق عليها. وبينت أن قول ابي يوسف هو المفتى به في المذهب.

(٥) انظر: المراجع السابقة

- وقد سبق ذكر المسألة ، والاستدلال لها في الباب.

(٦) والقول بعدم القبول اتفاقا في المذهب محمول على قول أبي حنيفة، ومحمد، وأبي يوسف في قوله الأول، وقد رجع عنه، كما بينت ذلك سابقا. (انظر: المراجع السابقة).

(٧) (أنه) في: د، هـ، وساقطجة من أ، ب، جـ

(٨) (انكسر) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: انكر

(٩) (يقبله) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: يقبل

(١٠) (يبتلى) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: يقبل

(١١) انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٣٣٥

- وفيه: ان قبول الكتاب حالة انكسار الختم مشروط بشهادة الشهود على ما في الكتاب.

الرابع: أن يكون عليه عنوان، بأن كتب هذا الكتاب من فلان بن فلان بن فلان الى فلان بن، فلان (قاضي) (١) بلد كذا (٢). حتى لو كتب اسم المكتوب اليه لا غير. أو اسمه، واسم أبيه لا غير أو كتب هذا من فلان بن فلان الى من وصل اليه من قضاة المسلمين، وحكامهم لا يصح (هذا) (٣) الكتاب عندهما. خلافا "لابي يوسف" (٤)، ولو كتب (هذا) (٥) من فلان بن فلان الى قاض بلد كذا (فلان بن فلان) (٦)، والى كل من (وصل) (٧) (اليه) (٨) كتابي هذا من قضاة المسلمين، وحكامهم فانه يصح بالإجماع(٩).

---

(١) (قاضي) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: القاضي

(٢) انظر: الهندية ٣:٣٨٢

- وفيها: أن معلومية القاضي الكاتب، والقاضي المكتوب اليه شرط في صحة كتاب القاضي الى القاضي. ويكون علمهما بذكر اسمها، واسم أبيهما، واسم جدهما، لأن بهذا يحصل التعريف.

(٣) (هذا) في: أ، وساقطة من: ب، جـ، د، هـ

(٤) انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٢٨٨، ٣١٥، الهداية وشرح فتح القدير ٧:٢٩٦

(٥) (هذا) في: أ، ب، جـ، هـ، وساقطة من د.

(٦) (فلان بن فلان) في: ب، جـ، د، هـ، وساقطة من أ

(٧) (وصل) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: يصل

(٨) (اليه) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة في جـ

(٩) انظر: المراجع السابقة

- وقد استدل الطرفان لقولهما: بأن إعلام القاضي المكتوب اليه شرط، وإنما يصير معلوما بالاسم والنسبة، ولم يوجد، بخلاف ما اذا سمى فلان بن فلان، ثم قال: والى كل من يصل اليه، لأن الأول قد صار معلوما بذكر الاسم، والنسبة، وما وراءه تبع له. (انظر: شرح أدب القاضي لابن مازه ٣:٢٨٨، ٣١٥).

- وأما أبو يوسف فقد قال: ذكر الاسم والنسب إنما كان للإعلام، والقاضي في كل بلدة معروف ومشهور، فتقع الغنية في حقه عن ذكر الاسم، والنسب، الا يرى أن أبا حنيفة، وابن ابي ليلى لما صارا مشهورين وقع الاستغناء في حقهما لاعلامهما. (انظر: المرجع السابق)

الرابع: أن يكون عليه عنوان، بأن كتب هذا الكتاب من فلان بن فلان بن فلان الى فلان بن، فلان (قاضي) (١) بلد كذا (٢). حتى لو كتب اسم المكتوب اليه لا غير. أو اسمه، واسم أبيه لا غير أو كتب هذا من فلان بن فلان الى من وصل اليه من قضاة المسلمين، وحكامهم لا يصح (هذا) (٣) الكتاب عندهما. خلافا "لابي يوسف" (٤)، ولو كتب (هذا) (٥) من فلان بن فلان الى قاضي بلد كذا (فلان بن فلان) (٦)، والى كل من (وصل) (٧) (اليه) (٨) كتابي هذا من قضاة المسلمين، وحكامهم فانه يصح بالإجماع(٩).

الخامس: أن يكون داخل الكتاب اسم القاضي الكاتب، والمكتوب إليه، واسم أبيهما، على عنوان الكتاب (١٠). حتى لو لم (يكتب) (١١) داخل الكتاب) (١٢) الأسماء، وإن (كانت)(١٣) على عنوانه، لم (يقبله)(١٤)عندهما، خلافا "لأبي يوسف" رحمه الله(١٥).

---

(١) (قاضي) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: القاضي
(٢) انظر: الهندية ٣٨٢:٣
- وفيها: ان معلومية القاضي الكاتب، والقاضي المكتوب اليه شرط في صحة كتاب القاضي الى القاضي. ويكون علمهما بذكر اسمها، واسم أبيهما، واسم جدهما، لأن بهذا يحصل التعريف.
(٣) (هذا) في: أ، وساقطة من: ب، جـ، د، هـ
(٤) انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٣١٥,٢٨٨:٣، الهداية وشرح فتح القدير ٢٩٦:٧
(٥) (هذا) في: أ، ب، جـ، هـ، وساقطة من د.
(٦) (فلان بن فلان) في: ب، جـ، د، هـ، وساقطة من أ
(٧) (وصل) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: يصل
(٨) (اليه) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة في جـ
(٩) انظر: المراجع السابقة
- وقد استدل الطرفان لقولهما: بأن إعلام القاضي المكتوب اليه شرط، وإنما يصير معلوما بالاسم والنسبة، ولم يوجد، بخلاف ما اذا سمى فلان بن فلان، ثم قال: والى كل من يصل اله، لأن الأول قد صار معلوما بذكر الاسم، والنسبة، وما وراءه تبع له. (انظر: شرح أدب القاضي لابن مازه ٢٨٨:٣، ٣١٥).
- وأما أبو يوسف فقد قال: ذكر الاسم والنسب إنما كان للإعلام، والقاضي في كل بلدة معروف ومشهور، فتقع الغنية في حقه عن ذكر الاسم، والنسب، الا يرى أن أبا حنيفة، وابن ابي ليلى لما صارا مشهورين وقع الاستغناء في حقهما لاعلامهما. (انظر: المرجع السابق.
(١٠) أي على عنوان الكتاب من الخارج
(١١) (يكتب) في: أ، د، هـ، وفي ب، جـ: يكن
(١٢) (الكتاب) في: ب، جـ، د، هـ، وساقطة من أ
(١٣) (كانت) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: كان
(١٤) (يقبله) في: ب، د، هـ، وفي أ، جـ: يقبل
(١٥) شرح أدب القاضي لابن مازة ٣١٥:٣، وانظر: شرح فتح القدير ٢٩٢:٧.

فصل

فيما يفعله القاضي المكتوب إليه بالكتاب

وإذا جاء القاضي كتاب (قاض) (١) آخر، ينبغي له أن يجمع بين الذي جاء بالكتاب، وبين خصمه، ثم (يسأل) (٢) الذي جاء به (بينته) (٣)، أنه كتابه، وختامه، فإن أقام المدعي بينة على ذلك، سألهم هل (قرأه) (٤) عليكم، (وختمه) (٥) بحضرتكم؟ فإن شهدوا على ذلك قبله (٦)، ولا يقبل الكتاب إلا بمحضر خصمه. لأن كتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة (٧). ولا يفتحه الا بمحضر الخصم، وان فتح بغير (محضره) (٨) جاز، لأن القضاء إنما (يقع) (٩) بالشهادة أن هذا كتاب القاضي (فلان) (١٠) فيما فيه. لا بالفتح. (لأن) (١١) الفتح سبب لامكان القضاء، فكان بمنزلة أداء الشهادة من وجه (١٢). ثم يختمه ، ويكتب عليه اسم صاحبه، لأن هذا الكتاب صار حجة للمدعي فكان بمنزلة السجلات، والمحاضر (١٣).

---

(١) (قاض) في: ب، جـ، هـ، وفي أ: قاضي

(٢) (يسأل) في: جـ، وفي أ، ب، د، هـ: سأل

(٣) (بيّنته) في: أ، جـ، وفي د، هـ، ب،: بينة

(٤) (قرأه) في: د، هـ، وفي أ، جـ: قرأ، وفي ب: قرء

(٥) (وختمه) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: وختم

(٦) انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٣١٢ وما بعدها، شرح أدب القاضي للجصاص: ٤٣٠ الهداية وشرح فتح القدير ٧:٢٩٤، الهندية ٣:٣٨٧

- واشترط سؤال القاضي المكتوب اليه للشهود عن قراءة القاضي الكاتب وختمه للكتاب هو، قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وأما أبو يوسف - رحمه الله - فإنه لا يشترط قراءة القاضي الكاتب، وختمه للكتاب بحضرة الشهود، (انظر المراجع السابقة)

(٧) انظر: المراجع السابقة

- وقال الجصاص في أدب القاضي: ٤٣٠ "وانما ينبغي أن يجمع بين المدعى، والمدعى عليه في سماع شهادة الشهود على الكتاب، لأن الشهادة يقع بها القضاء، فلا تسمع على غير خصم، كما لا تسمع الشهادة على شهادة الأصل على غير خصم".

وقال في المحيط ٤: ق ١٧٨: "ولو قبل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز، ولو سمع البينة على أن هذا كتاب القاضي من غير حضرة الخصم لا يجوز، فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب، لأن القضاء مضاف الى هذه الشهادة، فلابد لقبولها من حضرته، كما لابد للقضاء من حضرة الخصم، ولأن هذه الشهادة في حقوق العباد، ولا تقبل الشهادة في حقوق العباد إلا بحضرة الخصم". وانظر: حاشية سعدي جلبي بهامش فتح القدير ٧:٢٩٣. =

فصل

لو مات القاضي الكاتب، أو عزل قبل أن يصل الكتاب الى القاضي المكتوب اليه، أو بعد الوصول قبل القراءة، لم يقض به. (١)

وقال "أبو يوسف" في "الأمالي": يقضي به. وهو قول "الشافعي" (٢). ولو وصل اليه ثم مات، أو عزل قضى به بالاجماع. (٣)

وإن عميّ القاضي الكاتب، أو فسق، أو ارتد، أو صار بحال لا يجوز حكمه بعد وصول الكتاب (إليه) (٤)، قَبْل القضاء به، لا ينفذه عندهما، وعند "أبي يوسف" ينفذه(٥).

=

(٨) (محضرة) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: محضر الخصم

(٩) (يقع) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: يكون يقع

(١٠) (خلاف) في: د، هـ، وساقطة من أ، ب، جـ

(١١) (لأن) في: جـ، وفي أ، ب، د، هـ: لكن

(١٢) انظر: المحيط ٤: ق١٧٨

- وفيه: أن الفتح ليس بقضاء حقيقة، فلا بأس من غياب الخصم

(١٣) انظر: المراجع السابقة

(١) انظر: تبيين الحقائق ٤: ١٨٦، الهداية وشرح فتح القدير ٧: ٢٩٥، شرح أدب القاضي لابن مازة ٣: ٣٣١، شرح أدب القاضي للجصاص: ٤٤٥، روضة القضاة، ١: ٣٤٠

- والسبب في عدم قبول كتاب القاضي الميت، أو المعزول، هو أنه بهذه العوارض، صار كواحد من الرعايا، والقاضي لا يقبل كتاب الرعية.

(انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٣: ٣١٧). وهذا التعليل هو لحالة عزل القاضي الكاتب أو موته، قبل وصول كتابه الى القاضي المكتوب اليه، وأما عن الصورة الثانية وهي عزله أو موته بعد وصول كتابه وقبل قراءته، فقد قال الزيلعي فيها: "إن القاضي الكاتب، وإن كان ينقل شهادة الذين شهدوا عنده، إلا أن لهذا النقل حكم القضاء، الا ترى أن هذا النقل لا يصح إلا من القاضي، ولا يشترط فيه عدد، ولا لفظ الشهادة، ووجب على القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البينة، وما يجب على القاضي بسماع البينة قضاء، فثبت أن لهذا النقل حكم القضاء، ولم يتم بعد، لأن تمامه بوجوب القضاء على المكتوب إليه، وقبل قراءته، لأن العلم بالمقضي به شرط لوجوب القضاء، فلم يكن النقل تاما فيبطل بموت القاضي كما في سائر الأقضية. (انظر: تبيين الحقائق ٤: ١٨٦).

(٢) انظر: ' المراجع السابقة، وأدب القضاء للماوردي ٢: ١٣٧، أدب القضاء لابن ابي الدم: ٤٨٠

- وقد استدل أبو يوسف والشافعي - رحمهما الله - بأن القاضي الكاتب بمنزلة شهود الفروع، وكتابه بمنزلة أداء شهود الفرع الشهادة، لأنه ينقل شهادة الذين شهدوا بالحق الى القاضي المكتوب اليه، والنقل قد تم بالكتابة، فصار بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء بها، فإنه لا يمنع القضاء فكذا هذا، وهكذا الحكم في كل شاهد=

....

=

مات بعد اداء الشهادة، وقبل الحكم بها. (انظر: تبيين الحقائق ٤:١٨٦، ادب القاضي للماوردي ٢:١٣٨).

(٣) انظر: شرح أدب القاضي للجصاص: ٤٤٥، شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٣٣٠.

- وفيهما: ان العزل بمنزلة الموت، وكتاب القاضي الى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة، ثم موت شاهد الفرع بعد الشهادة لا يمنع القضاء، فكذا موت القاضي بعد وصول الكتاب وقراءته

(٤) (اليه) في: ب، د، هـ، وساقطة من أ، جـ

(٥) وقع المصنف رحمه الله في لبس بالنسبة لأقوال أبي يوسف في الحالات التي ذكرها واليك البيان:

قال الجصاص في شرح أدب القاضي: ٤٤٠ : "وقول أبي يوسف في هذا كله مثل قول أبي حنيفة إلا من العمى.

قال أبو يوسف: إذا عمي القاضي لا يبطل حكم الكتاب الذي كتب إن كان القاضي المكتوب إليه قرأه قبل ذلك. وكذا قال في الشهادة: إن الشهود اذا كانوا أصحاء عند تحمل الشهادة ثم عموا جاز أداء شهادتهم مع العمى كذلك الكتاب إذا قرأه القاضي المكتوب إليه، ثم عمي القاضي الذي كتب لم يبطل حكمه، وينفذه".

وهذا ما ذكره ابن مازة في شرح أدب القاضي ٣:٣٣١.

- وأما أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله فلهما: إن عمى القاضي الكاتب بعد وصول الكتاب يمنع إنفاذه، كما إن عمى شهود الفرع بعدما شهدوا، قبل أن يقضي القاضي بشهادتهم. يمنع قبول شهادتهم (انظر: المرجع السابق).

- وأما دليل عدم قبول كتاب الفاسق أو المرتد أو من صار بحال لا يجوز معها حكمه هو أن شاهد الفرع اذا فسق أو جن قبل القضاء لم يجز الحكم بشهادته فكذلك هنا. (انظر: المرجع السابق)

فصل

فيما يقبل فيه كتاب القاضي، وفيما لا يقبل

لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحدود، والقصاص عندنا (١)، خلافاً "لمالك "(٢) و"الشافعي" (٣)، لأن قول القاضي (لما) (٤) قام مقام شهادة الشهود، (أشبه) (٥) الشهادة على الشهادة، والشهادة على الشهادة لا مدخل لها في الحدود، والقصاص، لأن فيها زيادة احتمال لا يوجد في شهادة (الأصول) (٦)، وهو أنهم هل أخذوا من الأصول. أم لا؟ فأشبهت شهادة (النساء) (٧)، وشهادة النساء لا تقبل في الحدود، والقصاص فكذا هذه (٨).

وكذا لا يقبل كتابه في الحيوان، والثياب في قول "أبي حنيفة" و"محمد" (٩) وقال "أبو يوسف": يقبل في العبيد، والجواري، والدواب لمكان الحاجة (١٠).

قلنا: الحاجة إنما يجب (دفعها اذا أمكن) (١١)، ولا يمكن، لأن تعريفها (لا) (١٢) يحصل بالوصف. لأن بعد الإستقصاء في الوصف يبقى بينهما تفاوت كثير، ولهذا لم يجز السلم في الحيوان، وفيما لا يضبط بالوصف يشترط احضاره مجلس الحكم لتقع الشهادة بالاشارة (إليه) (١٣)، وكذا الدعوى (١٤).

---

(١) انظر: الهداية وشرح فتح القدير ٧: ٢٩٦، البناية ٧: ٥٢، تبين الحقائق ٤: ١٨٢

(٢) انظر مذهب مالك رحمه الله في: تبصرة الحكام ٢: ٤٠، التاج والإكليل لمختصر خليل ٦: ١٤٢

- وفيها: إن كتاب القاضي الى القاضي مقبول في كل الحقوق سواء في المال، او القصاص، أو العقوبات الأخرى، واشترطوا في كتاب القاضي في الزنا أربعة شهود.

(٣) انظر مذهب الشافعي - رحمه الله - في: أدب القاضي للماوردي ٢: ١٠٤. الأم ٦: ٢٢٩ وفيها: إن كتاب القاضي الى القاضي مقبول في كافة حقوق العباد، ومنها: القصاص، لأنه لا يسقط بالشبهة كالأموال، ولأنه تقبل فيه الشهادة على الشهادة، وأما ما كان من حقوق الله تعالى كحد الزنا ففي جواز استيفائه بكتاب القاضي الى القاضي قولان، لجواز استيفائه بالشهادة على الشهادة، أحدهما: يستوفى كحقوق الآدميين، والقول الثاني: لا يستوفى لأن حقوق الله تعالى تدرأ بالشبهات.

(٤) (لما) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: كما

(٥) (أشبه) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: فأشبه

(٦) (الأصول) في: أ، ب، جـ، هـ، وفي د: الأموال =

....

=

(٧) (النساء) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: النساء في قول أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف

(٨) انظر: الهداية وشرح فتح القدير: ٧:٢٩٦، البناية: ٧: ٥٢، تبيين الحقائق: ٤:١٨٢.

(٩) انظر: تبيين الحقائق ٤:١٨٣، شرح ادب القاضي لابن مازة ٣:٢٨٣، شرح أدب القاضي للجصاص: ٤١٥، الهندية: ٣٨١.

- وما ذكره المصنف - رحمه الله من قول أبي حنيفة ومحمد هو ظاهر الرواية، وفي النوادر عن محمد أنه قال: يجوز في جميع العروض، وبه أخذ المشايخ المتأخرون، وعليه الفتوى كما ذكر القاضي الاسبيجاني. (انظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٣:٢٨٣، وحاشية الشبلي ٤:١٨٣).

- ووجه قول أبي حنيفة ومحمد في ظاهر الرواية هو: أنه لا يجوز في المنقول للحاجة الى الاشارة إليه عند الدعوى والشهادة، (انظر: تبيين الحقائق ٤:١٨٣) ووجه قول محمد في رواية النوادر هو: أن الضرورة داعية لقبوله في المنقول. (انظر: المرجع السابق)

(١٠) انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٢٨٣

- وفيه: أن قول أبي يوسف في سائر المنقولات غير العبيد والجواري كقول أبي حنيفة ومحمد في ظاهر الرواية، وهو عدم الجواز.

(١١) (دفعها اذا أمكن) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: اذا أمكن دفعها اذا أمكن

(١٢) (لا) في: ب، جـ، د، هـ، وساقطة من أ

(١٣) (إليه) في: أ، جـ، د، هـ، وساقطة من ب

(١٤) هذا استدلال وترجيح من المصنف لرواية ظاهر الرواية. وقد ذكرت أن الفتوى بخلافه.

ويقبل فيما لا (ينقل) (١) ويحول، (كالديون) (٢)، والعقار، والنكاح، والطلاق، (والعتاق) (٣)، والوكالة، (والوصية،والهبة) (٤)، (والموت) (٥). لأن العقار يتعرف بذكر حدوده، والدين بذكر قدره، (ووصفه) (٦). (٧)

وعن "محمد": أنه رجع عن كتاب القاضي الى القاضي لما ظهر في (زمانه) (٨) من خيانة القضاة (٩).

وفي بعض الكتب عن "محمد": لا يقبل كتاب القاضي في شيء بعينه الا العقار(١٠). وإنما يقبل كتاب القاضي الى القاضي في العقار أو الديون، اذا كان من قاضي مصر الى قاضي رستاق (١١). ولا يقبل من قاض رستاق، أو قرية الى قاضي مصر، لأنه يجري مجرى القضاء، فيختص بمكان بختص به القضاء وهو مكان تقام فيه الجمع والأعياد. (١٢)

---

(١) (ينقل) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: يقبل

(٢) (كالديون) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: كديون

(٣) (والعتاق) في: ب، جـ، د، هـ، وساقطة في أ

(٤) (والوصية والهبة) في: ب، وفي د، هـ، الهبة والوصية، وساقطة من أ، جـ.

(٥) (والموت) في: ب، وساقطة من أ، جـ، د، هـ

(٦) (ووصفه) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: صفته.

(٧) انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٢٨٩، ٢٩٠، وتبيين الحقائق ٤:١٨٣، الهندية ٣:٣٨١
وفيها: أن هذه الأشياء يقبل فيها كتاب القاضي الى القاضي بالاجماع، لعدم الحاجة فيها الى الاشارة، بل إن فيها مالا يمكن الاشارة اليه كالدين والنكاح. لأن المقصود نفس النكاح، لا نفس الرجل والمرأة، وانما هما كالدائن والمدين والنكاح كالدين، وكذلك الطلاق.

(٨) (زمانه) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: زمانه خيانة

(٩) لم أوفق في العثور على ما ذكره المصنف من رجوع محمد رحمه الله عن قبول كتاب القاضي الى القاضي، وذلك فيما تيسر لي الا طلاع عليه من كتب الحنفية.

(١٠) انظر: المبسوط ١٦:١٠٠
وفيه قال محمد: لا يجوز عندنا كتاب القضاة في شيء بعينه الا في العقار فإنه لا يتحول عن موضعه. فاما فيما سوى ذلك من الأعيان لا يقبل كتاب القاضي الى القاضي، لأن الاشارة الى عينه عند الدعوى والشهادة شرط، ولهذا لابد من إحضاره مجلس القضاء".

(١١) الرستاق جاء في اللسان "قال اللحياني: الرزتاق والرستاق واحد، فارسي معرب الحقوه بقرطاس، ويقال رزداق ورستاق، والجمع الرساتيق، وهي السواد، وقال: الرزداق والرسداق فارسي، منه بيوت مجتمعة. (انظر: لسان العرب: ١٠/١١٦)
وقال في المصباح المنير ١:٢٢٦ : "الرستاق معرب، ويستعمل في الناحية، التي هي طرف الإقليم".

(١٢) انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٣٣١، خزانة الفقه ١:٤٠٠، حاشية الشلبي ٤:١٨٣
- وعدم قبول قاضي المصر لكتاب قاضي الرستاق هو لأن قاضي الرستاق ليس بقاض، وما يفعله على سبيل الصلح، لا على سبيل القضاء فإن قضاءه لا ينفذ، وكتاب غير القاضي لا يقبل. (انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٣٣٢).

صورة الكتاب في العبد الآبق:

أنه اذا أقام مولاه بينة عند الحاكم في (مصره) (١) أنه كان له عبد فأبق، وقد (أخذه) (٢) فلان. كتب (له القاضي) (٣) كتابا الى قاضي المصر الذي فيه الأخذ. أنهم شهدوا عنده أن (عبدا له) (٤) مبارك الهندي (حليته) (٥)كذا، وقامته كذا، (ملكه) (٦)، وأنه قد أبق منه.

فإذا ورد هذا الكتاب على القاضي المكتوب إليه، أحضر العبد مع الذي في يده، ثم (فك) (٧) الكتاب، (فنظر) (٨) في الغلام، والكتاب. فإن وافق حلية الغلام ما في الكتاب، ختم ذلك، ويجعل في عنق العبد من (رصاص) (٩)، حتى لا يتعرض له (في الطريق أحد) (١٠) بدعوى السرقة (وغيرها) (١١) ويقع الأمن (عن) (١٢) التغير، والتبديل. ويأخذ منه كفيلا (١٣)، ويدفع (إليه) (١٤) العبد، فيذهب الى حاكم (مصره) (١٥)،فإن شهد (عنده)(١٦)،شهود أنه (عبده)(١٧) قضى به له،وكتب الى ذلك الحاكم ليبرىء كفيله (١٨).

(١) (مصره) في: أ، ب، هـ، وفي جـ: هو، وفي د: مصر
(٢) (أخذه) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: فأخذه
(٣) (له القاضي) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: القاضي له
(٤) (عبدا له) في: أ، ب، جـ، هـ، وفي د: عبد الله
(٥) (حليته) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: في حليته
(٦) (ملكة) في: أ، جـ، د، هـ، وساقطة من ب
(٧) (فك) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: يفك
(٨) (فنظر) في: أ، د، هـ، وفي ب، جـ: فينظر
(٩) (رصاص) في: أ، ب، د، هـ، رفي جـ: الرصاص
(١٠) (في الطريق احد) في: ب. جـ، د، هـ، وفي أ: في احد الطريق
(١١) (وغيرها) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: وغيره
(١٢) (عن) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: من
(١٣) اي يأخذ القاضي المكتوب اليه كفيلا من المدعي
(١٤) (اليه) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: اليهما
(١٥) (مصره) في: أ، جـ، وفي ب، د، هـ: مصر
(١٦) (عنده) في: أ، ب، د، هـ وفي جـ: عن
(١٧) (عبده) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: عبد
(١٨)انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٣: ٢٩٠، شرح أدب القاضي للجصاص: ٤١٥
- وهذا على قول ابن يوسف - رحمه الله - وأما على قولهما فلا يكتب، لما مر سابقا من أنهما لا يقولان بالكتابة فيما ينقل ويحول من العروض والثياب وغيره

(وينبني) (١) على هذا كتاب القاضي في نسب الابن لا يقبل عندهما، خلافا *لأبي يوسف *- رحمه الله (٢).

وصورته: رجل وامرأة ادعيا ابنا، أو بنتا، (وقالا) (٣) هو معروف النسب منا، وهو في يد فلان بن فلان الفلاني، في بلد كذا. سرقه فلان نقيم البينة (على ذلك) (٤) (عنده) (٥)، ونأخذ (كتابك) (٦) بذلك الى قاضي ذلك البلد، لا يكتب لهما (عندهما)(٧) خلافا له (٨).

(وكذلك) (٩) الزوج يدعي (على)(١٠) المرأة. فعلى هذا فرقا (١١) بين هذا، و (بينما) (١٢) اذا ادعى النسب على الأب بأن قال: فلان بن فلان أبي، وهو في بلد كذا، وهو يدفع نسبي، ولي بينة ها هنا على أنه أقر لي (أني) (١٣) ابنه، أو أنه تزوج أمي، وأني ولدت منه على فراشه، فأقام بينة على ذلك، وسأل (كتابه) (١٤) يكتب له بالاجماع (١٥) وليس هذا (محلا) (١٦) (للفرق) (١٧).(١٨)

---

(١) (وينبني) في: ب، د، هـ، وفي أ: وينبغي، وفي جـ: ولا ينبني

(٢) انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٢٩٩، شرح أدب القاضي للجصاص:٤١٩

- وفيها: ان هذا الاختلاف بين أبي حنيفة ومحمد، وبين أبي يوسف فرع لمسألة أخرى، وهي أن القاضي هل يكتب في إباق العبد. وقد سبق ذكر المسألة.

(٣) (قالا) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: وقال.

(٤) (على ذلك) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: عنده على ذلك.

(٥) (عنده) في: جميع النسخ، ولعل الصحيح: عندك، لمخاطبتهم للقاضي.

(٦) (كتابك) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: كتابا.

(٧) (عندهما) في: أ، ب، د، هـ،وساقطة من ج.

(٨) انظر: المرجعين السابقين.

(٩) (وكذلك) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د. كذا.

(١٠) (على) في: د، هـ، وساقطة من أ، ب، جـ.

(١١) اي: ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله.

(١٢) (وبينما) في: ب، د، هـ، وفي أ، جـ: بينها

(١٣) (أني) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٤) (كتابه) في: أ، ب، جـ، هـ وفي د: كاتبه

(١٥) انظر: المرجعين السابقين

- وفيها:أن أبا حنيفة ومحمد رحمهما الله- قد فرقا بين دعوى أباق العبد ودعوى سرقة الابن فقالا بعدم جواز كتاب=

....

=

القاضي الى القاضي فيهما وبين دعوى الابن لاثبات نسبه من أبيه فقالا بجواز كتاب القاضي الى القاضي فيها.
ووجه الفرق هو أن المقصود من اثبات نسب الولد المسروق هو انتزاعه ممن هو في يده، بخلاف دعوى النسب على الأب، لأن المقصود فيها ليس الانتزاع
وتحقيق الفرق: هو انه اذا المقصود هو الانتزاع، كان المشهود به شيئا ينقل من حجر الى حجر، ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي فيما ينقل، وأما اذا المقصود من الدعوى غير الانتزاع، كان المشهود به مما لا ينقل فيجوز فيه كتاب القاضي الى القاضي (انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٣٠٠)

(١٦) (محلاً) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: محل. خطأ نحوي.

(١٧) (للفرق) في: ب، د، هـ، وفي أ، جـ: الفرق.

(١٨) يظهر من عبارة المصنف - كما يبدو لي - انه معترض على الفرق الذي فرق به أبو حنيفة ومحمد بين الصور التي ذكرت والله تعالى أعلم.

مسألة :

رجل قال للقاضي: كان لفلان بن فلان الفلاني علي كذا (وكذا) (١) (درهماً) (٢) وقد دفعتها إليه، (أو ابرأني) (٣) منها، أو وهبها لي، وهو في بلد كذا، فأخاف أن (أصير) (٤) الى ذلك البلد، (فيأخذلي) (٥) بهذا المال، ولي شهود ها هنا، فاسمع منهم، واكتب لي الى ذلك القاضي.

فإنه لا يسمع من شهوده، ولا يكتب له عند "أبي يوسف". (وعند)(٦) "محمد": يكتب له.

ولو قال: (يجحدني)(٧) الاستيفاء، ويخاصمني مرة أخرى حتى يستوفي الحق مني مرتين، وأراد اقامة البينة على الوفاء، فإنه يسمع من شهوده، ويكتب له (٨). الكل من "المحيط" (٩) و"شرح التجريد". والله تعالى أعلم.

---

(١) (وكذا) في: أ، جـ، وفي ب، د، هـ: كذا
(٢) (درهما) في: أ، ب، د، هـ وساقطة من جـ
(٣) (او ابراني) في: د، هـ، وفي أ: او أبرئ، وفي ب، جـ: وابراني
(٤) (اصير) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: يصير
(٥) (فياخذ لي) في: د، هـ، ولعل الصحيح: فيأخذني وفي أ، ب، جـ: يأخذني
(٦) (وعند) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ
(٧) (يجحدني) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: حجدني
(٨) وذلك بالاجماع (انظر: المحيط ٤ :ق ١٨٢)
(٩) المحيط ٤ق: ١٨٢

- وفيه: وجه قول محمد هو أن كتاب القاضي الى القاضي جائز باعتبار الحاجة، والحاجة ماسة هنا، فإنه لو حضر ذلك البلد، ربما يأخذه الطالب بالمال، وليس له هنالك شهود على الإبراء فيحتاج الى العود الى بلد الشهود، واقامة الشهود عند القاضي وأخذ الكتاب منه، وفيه من الحرج ملا يخفى على أحد.

ووجه قول أبي يوسف - رحمه الله -: هو أن قبول البينة يعتمد جحودا حقيقة، أو جحوداً مخبرا به، ولم يوجد كلاهما، بخلاف ما إذا قال جحدني الاستيفاء، لأن الجحود صار مخبرا به إن لم يوجد حقيقة فالحاصل الجحود من الحاضر، يشترط بسماع البينة عليه، ليقضي عليه. ومن الغائب يشترط خبر الجحود ليسمع البينة، ويكتب، ولأن القاضي نصب لفصل الخصومات لا لتهييجها، وهذا تهييج لخصومة، ما توجهت بعد، ولهذا لا يجيبه إليه".

الباب الرابع والعشرون

في القضاء بمشافهة القاضي للقاضي

روي عن "محمد" - رحمه الله - أنه قال: في مصر (فيه)(١) قاضيان، في كل (جانب)(٢) منه قاض، (فكتب)(٣) أحدهما الى الآخر كتابا، يقبل كتابه، ولو أتى أحدهما الى صاحبه، فأخبره (بالحادثة)(٤) بنفسه. لم يقبل قوله، لأن في الوجه الأول جعل كأن (الكاتب)(٥) خاطبه في موضع القضاء، وفي الوجه الثاني كأنه خاطبه في غير موضع القضاء. كذا هذا(٦).

---

(١) (فيه) في: أ، ب، جـ، وساقطة من د، هـ

(٢) (جانب) في: أ، ب، جـ، هـ، وفي د: لجانب

(٣) (فكتب) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: يكتب

(٤) (بالحادثة) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: بابحاثه

(٥) الكاتب) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: الكتاب

(٦) أنظر: المحيط ٤:ق١٨٢، شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:٣٢٩

مسألة:

لو أن قاضيين التقيا في عمل أحدهما، أو في مصر ليس من عملهما، فقال له: قد ثبت عندي لفلان بن فلان (الفلاني)(١) كذا وكذا على فلان فاعمل به. لم يقبل ذلك، ولم (ينفذه)(٢)، لأن الخطاب، أو السماع وجد في موضع لا ينفذ فيه (قضاؤه)(٣)، فصار كخطاب غير القاضي، أو (كسماعه)(٤) وهو غير قاض، فلا يجوز أن يعتمده في قضائه، بخلاف كتاب القاضي الى القاضي، لأن خطاب (الكاتب)(٥)، إنما وجد في موضع ينفذ فيه (قضاؤه)(٦)، ويثبت ذلك عند المكتوب (إليه)(٧)، في موضع ينفد فيه (قضاؤه)(٨) أيضا (٩)، وهكذا ذكره "الكرخي" (في)(١٠) "اختلاف العلماء"، أن كتاب القاضي الى القاضي يقبل، وان (كان)(١١) في مصر واحد، لأن (لهذا) (١٢) النقل حكم القضاء بدليل أنه لا يصح هذا النقل إلا من القاضي، ووجب هذا النقل على القاضي الكاتب لسماع البينة، وما يجب على القاضي (لسماع)(١٣) البينة يكون (قضاء)(١٤). (١٥)

ويجوز القضاء من القاضيين (بمصر)(١٦) واحد (١٧). والله أعلم

---

(١) (الفلاني) في: أ، جـ، د، هـ، وساقطة من ب
(٢) (ينفذه) في: ب، د، هـ، وفي أ، جـ: ينفذ
(٣) (قضاؤه) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: قضائه،خطأ نحوي.
(٤) (لسماعه) في: أ، د، هـ، وفي ب، جـ: سماعه
(٥) (الكاتب) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: الكتاب
(٦) (قضاؤه) في: ب، د، هـ، وفي أ، جـ: قضاءه خطأ نحوي.
(٧) (اليه) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ
(٨) (قضاؤه) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: قضائه، خطأ نحوي.
(٩) انظر: المحيط ٤: ق١٨٢، شرح أدب القاضي لابن مازة ٣: ٣٢٩
(١٠) (في) في: أ، ب، جـ، هـ، وساقطة من د
(١١) (وكان): في جميع النسخ، والصحيح: كانا.
(١٢) (لهذا) في: أ، جـ، د، هـ وفي ب: بهذا
(١٣) (لسماع) في: أ، جـ، د، هـ وفي ب: سماع
(١٤) (قضاء) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: قضاؤه
(١٥) انظر: تبيين الحقائق وحاشية الشلبي ٤: ١٨٦، حاشية الدرر على الغرر ٢: ٣٣٨
(١٦) (بمصر) في: أ، وفي ب، جـ: في مصر، وفي د، هـ: من مصر
(١٧) انظر: روضة القضاة: ١: ٧٤.

الباب الخامس والعشرون

في القضاء بعلم القاضي، ونفوذ قوله

القاضي إذا علم بالمعاينة، أو سماع الاقرار، أو مشاهدة الأقوال، فإنه لا يقضي بعلمه في الحقوق الخالصة لله تعالى، كحد الزنا، والسرقة، وشرب الخمر بالاجماع (١). لأن في (حقوق) (٢) الله تعالى كل واحد من آحاد المسلمين يساوي القاضي. ثم غير القاضي إذا علم لا يمكنه إقامة الحد. فكذا القاضي (٣) الا في السكران، فإنه إذا وجد (سكرانا) (٤)، أو وجد رجلا به (أمارات) (٥) السكر، فإنه ينبغي له أن يعزره لأجل التهمة، ولا يكون ذلك حدا. (٦)

---

(١) انظر: المبسوط ١٦:١٠٤، الهندية ٣:٣٣٩، مجمع الأنهر ٢:١٦٧

- والإجماع الذي ذكره المصنف هو اجماع أئمة المذهب الحنفي، لا اجماع الأمة، أو اجماع الفقهاء، لأن المسألة مسألة خلافية مشهورة بين الفقهاء، فقد ذهب المالكية، والحنابلة، والشافعية في قول الا عدم جواز قضاء القاضي بعلمه في حقوق الله تعالى، أو في حقوق العباد. (انظر: القوانين الفقهية: ٢٥٣، بداية المجتهد ٢:٤٧٠، أدب القضاء، ١٥٨).

- وقد ذهب الحنفية الى أن القاضي يقضي بعلمه في السرقة في حق المال لا في حق القطع (انظر: الهندية ٣:٣٣٩ البدائع ٧:٧)

(٢) (حقوق) في: أ، ب، جـ، هـ، وفي د: قول

(٣) انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:١٠١

- وتفصيل استدلال الحنفية: أن اقامة الحدود بعلم القاضي جائز في القياس، لأن القاضي تيقن باكتساب السبب الموجب للحد، والعلم الذي استفاده بمعاينة السبب فوق العلم الذي يحصل بشهادة الشهود لأن ذلك محتمل للصدق والكذب، وفي الاستحسان لا يقيم الحد حتى يشهد عنده الشهود بذلك. أو يقر الفاعل بذلك، لما روي أن عمر رضي الله عنه قال لعبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه: لو رأيت رجلا على حد ثم وليت هل تقيمه عليه. قال: لا، حتى يشهد معي غيري فقال: أصبت

- اخرجه عبد الرزاق (٨/ ٣٤٠ رقم ١٥٤٥٦) وابن أبي شيبة (١٠/ ١٠٧ رقم ٨٩٢٦) والبهيقي في سننه (١٠/ ١٤٤) واخرجه ايضا البخاري في صحيحه تعليقا (١٣/ ١٥٨/ الأحكام/ الشهادة تكون عند الحاكم...) واسناد منقطع، وليس عند أحد ممن ذكر: ثم وليت* وانما السؤال إذا رأى ذلك وهو حاكم.

ولأن الحدود التي هي من خالص حق الله تعالى يستوفيها الإمام على سبيل النيابة، من غير أن يكون هنالك خصم يطالب به من العباد، فلو اكتفى بعلم نفسه في الاقامة ربما يتهمه بعض الناس بالجور، والاقامة بغير حق. وهو =

ومن (لطائف) (١) ما حكي عن بعض قضاة (العدل)(٢). قال أصحاب هذا القاضي: وكنا معه في بعض (الأمر)(٣) في موكب حافل من وجوه الناس، إذ عرض لنا فتى(متادب)(٤)، وقد خرج من بعض الأزقة يتمايل سكرا، فلما رأى القاضي هابه وأراد الانصراف. فخانته رجلاه، فاستند الى الحائط وأطرق، فلما قرب القاضي رفع رأسه ثم أنشأ (يقول)(٥):

الا أيها القاضي الذي عمّ عدله	فأضحى به في العالمين فريدا
قرأت كتاب الله (تسعين)(٦) مرة	فلم (أر)(٧) (فيه للشاربين حدودا)(٨)
فإن شئت أن تجلد فدونك منكباً	صبوراً على ريب الزمان جليدا
وإن شئت أن تعفو تكن لك منةٌ	تروح بها في العالمين حميدا
وإن كنت (تختار)(٩) (الحدّ)(١٠) فإنّ لي	(لساناً) (١١) على هجو الزمان حديدا

فلما سمع القاضي شعره، وتبين أدبه، أعرض عنه، وترك الإنكار عليه، ومضى لشأنه.

=

مأمور أن يصون نفسه عن ذلك بخلاف القصاص وحد القذف وغير ذلك من حقوق الناس لأن هنالك خصم يطالب به من العباد، وبوجوده تنتفي التهمة عن القاضي فكان مصدقا فيما زعم أنه رأى ذلك. (انظر: المبسوط ١٦: ١٠٤)

(٤) (سكراناً) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: سكران، خطأ نحوي.

(٥) (أمارات) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: أمارة

(٦) انظر: المحيط ٤: ق ١٤٤، الهندية ٣: ٣٣٩

(١) (الطائف) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: المطابق

(٢) (العدل) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: العدول

(٣) (الأمر) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: الأمور

(٤) (متادب) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: شاب.

(٥) (يقول) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٦) (تسعين) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: سبعين

(٧) (أر) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: أرّه

(٨) (فيه للشاربين حدودا) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: للشراب فيه حدودا

(٩) (تختار) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: مختار

(١٠) (الحد) في: ب، د، هـ، وفي أ، جـ: الحديد

(١١) لسانا) في: أ، هـ، د، جـ، وفي ب: لسان

مسألة :

(وفي) (١) (الا قضية)(٢): القاضي يقضي في حقوق العباد بعلمه. بأن علم في حال قضائه في مصره أن فلانا غصب مال فلان، أو طلق امرأته (٣). وفي "التجريد" في آخر كتاب الحدود: عن "محمد" رحمه الله: أنه رجع عن هذا (٤). من "الخلاصة".

وكذلك في القصاص (والحدود) (٥) المركبة نحو حد القذف، (٦) وهنا أربعة أوجه: في وجه: يقضي بعلمه بالإجماع، وهو إذا ما علم بعد تقلد القضاء (في المصر الذي هو قاض فيه) (٧) . (٨)

(وفي ثلاثة أوجه: وهو ما إذا علم قبل تقلد القضاء) (٩)، أو بعد تقلد القضاء، لكن في غير المصر الذي هو قاض فيه، أو علم في (حالة) (١٠) القضاء، ثم عزل، ثم أعيد (الى)(١١) القضاء.

فعند "أبي حنيفة" رحمه الله. لا يقضي.

وعندهما، "والشافعي" يقضي.

---

(١) (وفي) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: في

(٢) (الأقضية) في: أ، ب، د، وفي جـ: أقضية

(٣) انظر: المحيط: ٤، ق ١٤٤ الهندية ٣:٣٣٩

قال في المحيط ٤: ق١٤٤: (القاضي إذا علم بحادثة في البلدة التي هو فيها قاض في حال قضائه، ثم رفع اليه تلك الحادثة في البلدة، وهو في قضائه بعد، يقضي بعلمه في حقوقه العباد قياسا، واستحسانا، في الأموال وغيرها كالنكاح ، والطلاق وغير ذلك فيه على السواء، لأن العلم الحاصل له بمعاينة السبب، فوق العلم الحاصل بالشهادة، لأن في الشهادة احتمال الكذب، ولا احتمال في المعاينة، ثم القاضي يقضي بالشهادة في هذه الحقوق فبمعاينة السبب أولى".

(٤) وعبارة المصنف - رحمه الله- توهم أن محمدا رجع عن القول بقضاء القاضي بعلمه في حقوق العباد، وهي المسألة السابقة الذكر. ولكن الحق: أن محمدا رجع عن القول في مسألة أخرى وهي: فيما اذا علم القاضي بحادثة قبل أن يقضي، ثم استقضي، ورفعت اليه تلك الحادثة وهو قاض. فقد كان يقول بقضاء القاضي فيها بعلمه، ثم رجع عن ذلك الى قول أبي حنيفة بعدم القضاء. (انظر الهندية ٣:٣٣٩).

(٥) (والحدود) في: أ، وفي ب، جـ، د، هـ: الحقوق

=

....

---

(٦) أي: ويقضي القاضي بعلمه في القصاص، والحدود المركبة نحو حد القذف (انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ١٠١:٣).

- ووجه القول بقضاء القاضي بعلمه في القصاص : هو أن القصاص حق العبد، وهو لا يسقط بالشبهة بخلاف الحدود. وأما حد القذف فلان فيه حقا للعبد، وهو لا يسقط بالشبهة. (انظر: البدائع ٧:٧)

(٧) (في .. فيه) في: أ، ب، د، هـ وساقطة من جـ

(٨) انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ١٠١:٣

(٩) (وفي .. القضاء) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(١٠) (حالة) في : أ، ب، د، هـ، وفي جـ: حال

(١١) (الى) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: على

(١٢) انظر: الهندية ٣٣٩:٣، شرح أدب القاضي لابن مازة ١٠٠:٣ وما بعدها، شرح أدب القاضي للجصاص :٣٣٤، مغني المحتاج ٣٩٨:٤

- ووجه الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في الصور الثلاث التي ذكرها المصنف هو أن الامام أبا حنيفة يرى أن علم القاضي الحاصل له في الصور الثلاث هو علم شاهد لا يجوز أن يستند إليه في قضائه. وأما الصاحبين فيقولان أن العلم المستفاد في الصور الثلاث، هو كالعلم المستفاد حال القضاء ويضربان على ذلك مثلا فيقولان: لو أن رجلا ليس بحاكم، رأى رجلا يغصب رجلا مالا، وهو يقدر على أن يمنعه ذلك، ولم يفعل أيسعه ذلك؟ فكيف الحاكم الذي يقدر أن يرد على هذا ما غصب منه، وقد علم بذلك قبل القضاء، فينبغي أن يأخذه منه، ويرده على هذا. (انظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ١٠٣:٣، ٢٩٦)

مسألة:

ذكر في "النوادر": لو خرج القاضي من المصر، (تشييع) (١) جنازة، أو خرج الى ضيعته، فعلم بسبب الحق، اختلف المشايخ فيه على قول أبي حنيفة.

قيل: إن لم يكن مقلدا على القرى، لا يقضي بذلك العلم، وإن كان مقلدا على القرى يقضي. وهذا يدل على أن الوالي إذا قلد رجلا (قضاء)(٢) كورة (٣) كذا، لا يصير قاضيا في سواد تلك الكورة (ونواحيها) (٤) ما لم يقلد قضاء تلك الكورة ونواحيها. (٥)

وقيل: لا يقضي بذلك العلم، وإن كان مقلدا على القرى. (٦)

---

(١) (لتشييع) في: د، جـ، وفي أ، ب، هـ: ليشيع

(٢) (قضاء) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: بقضاء

(٣) الكورة: هي الصقع، ويطلق على المدينة، والجمع كور، مثل غرفة، وغرف. (انظر: المصباح المنير ١:٥٤٣)

(٤) (ونواحيها) في: أ، وساقطة من ب، جـ، د، هـ

(٥) انظر: المحيط ٤:ق١٤٤، شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:١٠٢

- وفيها: أن وجه هذا القول هو أن المصر ليس بشرط لنفاذ القضاء، وقد جعل الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسي هذا القول جواب رواية النوادر. وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله.

(٦) انظر: المراجع السابقة.

- وفيها: أن وجه هذا القول هو أن المصر شرط لنفاذ القضاء، لأن القضاء من معالم الدين، وهو مختص بالأمصار كالجمعة والعيدين، وهو ظاهر الرواية في المذهب.

- وأما على قول الصاحبين. فللقاضي أن يقضي بما حصل له من علم سواء أكان مقلدا على القرى، أم لم يكن مقلدا. (انظر: المراجع السابقة).

مسألة :

القاضي هل يعمل بما يجد في ديوانه؟ إن كان ذاكرا (لتلك) (١) الحادثة يقضي، وإن لم يكن ذاكرا لايقضي (٢).

وعندهما: يقضي (٣).

وأجمعوا أنه لا يعمل بما (يجد) (٤) في ديوان قاض قبله، وإن كان مختوما (٥) من "الخلاصة".

مسألة :

لو دفع القاضي مال اليتيم الى آخر فجحده، قضى عليه من غير بينةو لأنه من حقوق الناس، وللقاضي أن يقضي بعلمه في حقوق العباد إذا (علمه)(٦)حالة القضاء (٧).

ولو باع القاضي (مال الميت) (٨) فعهدته على الذي باع له، ولو جحد من اشترى منه، أو باع، قضى عليه، لأن العهدة لما لم ترجع عليه صار (كالمعير ماله) (٩) من "المحيط" (١٠).

---

(١) (لتلك) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: بتلك

(٢) انظر المحيط ٤:١٤٥، شرح أدب القاضي لابن مازة ٣:١٠٥، الهندية ٣:٣٤٠

- وهذا قول أبي حنيفة - رحمه الله - وقد استدل لرايه بأن القضاء ينبني على العلم، ولا علم بدون التذكر، والكتاب لأجل التذكر لا لأجل الاعتماد عليه لأنه لا يؤمن فيه الزيادة والنقصان، فبدون التذكر وجوده والعدم بمنزلة (انظر: المحيط ٤:ق ١٤٥).

(٣) انظر: المراجع السابقة

- وقد استدل الصاحبان لقولهما: بأن القضاء يكثر، ولا يحفظ القاضي الكل، فتقع الحاجة الى الاعتماد على الخط، واحتمال التزويدر منتفي، لأن الكتاب بيده، ومختوم بخاتمة. (انظر: المحيط ٤:ق ١٤٥).

(٤) (يجد) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٥) انظر: المراجع السابقة

- وقد فرق الصاحبان بين عمل القاضي بديوان نفسه، وعمله بديوان غيره فقالا: "أن القياس أن يقضي بما يجد في ديوانه الحالي اذا كان لا يحفظ ذلك كما قال ابو حنيفة - رحمه الله - لأن القضاء بغير علم لا يجوز، ولكنا تركنا القياس في ديوانه الحالي ضرورة، لأن القاضي لكثرة اشتغاله لا يمكنه حفظ جميع الأشياء، فلو لم يجز العمل بما في الديوان عند النسيان لضاق الأمر على الناس. ومثل هذه الصورة لا تتأتي في ديوان الأول. لأن بالعزل يبطل حكم ذلك الديوان لأنه لا يمكنه العمل به، والباطل لا يعود، خصوصا اذا كان ثبوته مع المنافي، فعمل بالقياس فيما يجد في ديوان الأول كما قال أبو حنيفة رحمه الله". (انظر: المحيط ٤:ق ١٤٥).

(٦) (علمه) في: أ، ب، جـ، هـ، وفي د: أعلمه

(٧) انظر: الهندية ٣:٣٤٤

(٨) (مال الميت) في: أ، جـ، وفي ب: مال اليتيم، وفي د، هـ: مالا لميت

(٩) (كالمعير مال) في: أ، د، هـ، وفي ب، جـ: كالمغير حاله

(١٠) انظر: المرجع السابق

الباب السادس والعشرون

في القضاء (بالصلح) (١) بين الخصمين

الصلح مشروع (بقوله)(٢) تعالى: "فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا، والصلح خير" (٣).

وقوله عليه الصلاة والسلام: "الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا أحل حراما، أو حرّم حلالا" (٤). أي الا شرطا أحل (حراما) (٥)، أو حرّم حلالا، (بأن) (٦) صالح على خمر لم يجز، لأنه أحل حراما، وكذا لو صالح على عبد على أن لا يبيعه، ولا يستخدمه. فهذا صلح حرم حلالا. فكان مردوداً. (ولأن) (٧) الصلح سبب لدفع الخصومة، وقطع المنازعة، (والمشاجرة) (٨). (٩)

والمنازعة متى امتدت أدت الى الفساد، فكان الصلح (رفعا) (١٠) (لسبب) (١١) الفساد، واطفاء (لنار) (١٢) الفتن، والعناد، (وتحقيقا) (١٣) (لسبب) (١٤) (الاصلاح)(١٥)، والسداد، وهو الألفة، والموافقة، فكان حسنا مندوبا إليه شرعا. (١٦)

---

(١) (بالصلح) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

- والصلح عقد وضع لرفع المنازعة (انظر: البناية ٧:٦٠٣)

(٢) (بقوله) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: لقوله

(٣) سورة النساء / آية ١٢٨

(٤) اخرجه ابو داود (عون المعبود ٩/ ٥١٤-٥١٦ رقم ٣٥٧٧/ القضاء/ الصلح) وأحمد في مسنده (٢/ ٣٦٦) وابن حبان (موارد الظمآن ٢٩١ رقم ١١٩٩) والدار قطني (٣/ ٢٧ رقم ٩٦) والحاكم (٢/ ٤٩) و (٤/ ١٠١) والبيهقي (٦/ ٧٩)و (٧/ ٢٤٩) - واخرجه ايضاً ابن عدي في الكامل (٦/ ٢٠٨٨) عن أبي هريرة وفي اسناده كثيربن زيد الأسلمي لين الحديث، قال الذهبي في تلخيص المستدرك: منكر؛ والمشهور هذا. (٤/ ٩١٠١ يعني الحديث الثالث واخرجه أيضا الدارقطني (٣/ ٢٧ رقم ٩٧) والحاكم (٢/ ٥٠) بإسناد آخر عن أبي هريرة فيه عبد الله بن الحسين المصيصي، وهو يسرق الحديث. والذي أشار اليه الذهبي هو ما أخرجه الترمذي (٣/ ٦٣٤ - ٦٣٥ رقم ١٣٥٢/ الأحكام/ الصلح بين الناس) والدار قطني (٣/ ٢٧ رقم ٩٨) والحاكم (٤/ ١٠١) والبيهقي (٦/ ٧٩) و (٧/ ٢٤٩) عن عمرو بن عوف المزني، وفي إسناده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني متروك متهم، وأبوه عبد الله مجهول. =

....

=

وعن عائشة أخرجه الحاكم (٤٩/٢) والدار قطني (٢٧/٣ رقم ٩٩) والبيهقي (٢٤٩/٧) واسناده واه فيه متهم.

وعن أنس أخرجه الدارقطني (٢٨/٣ رقم ١٠٠) والحاكم (٥٠/٢) والبيهقي (٢٤٩/٧) واسناده واه.

واخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٥٦٨/٦ رقم ٢٠٦٤) عن عطاء بن أبي رباح بلاغا، ومراسيل عطاء من أضعف المراسيل.

واخرجه ابن حزم في المحلى (٤١٤/٨) عن عمرو بن عبد العزيز مرسلا باسناد تالف جدا.

وله شواهد منها ما أخرجه البزار (كشف الأستار ٩٩/٢ رقم ١٢٩٦) عن عمر بإسناد ضعيف جدا.

والطبراني في الكبير (٢٧٥/٤ رقم ٤٤٠٤) عن رافع بن خديج باسناد واه جدا.

ويمكن أن يعد من شواهده ما جاء من حذيفة في الوفاء بالشرط أخرجه أحمد (٤٠٤/٥) باسناد ضعيف والمتن معروف من قول عمر بن الخطاب، جاء ذلك في كتابه الى أبي موسى الأشعري، أخرجه وكيع في اخبار القضاة (٧٠/١ و ٢٨٣) وابن حزم في المحلى (٣٨١/٩ و ٣٩٣) والدارقطني (٢٠٦/٤) والبيهقي (١١٩/١٠ و ١٥٠) وهو معلول.

(٥) (حراما) في: أ، ب، جـ، هـ، وفي د: احراما

(٦) (بان) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: فإن

(٧) (ولأن) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: لأن

(٨) (والمشاجرة) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: والمناصرة

(٩) انظر: البناية ٧: ٦٠٥، شرح أدب القاضي لابن مازة ١: ٢٢٣

(١٠) (رفعا) في: أ، ب، هـ، وفي جـ، د: دفعا

(١١) (لسبب) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: بسبب

(١٢) (لنار) في: أ، وفي ب، د، هـ لثائرة، وفي جـ: لمناهدة

(١٣) (وتحقيقا) في: أ، ب، جـ، هـ، وفي د: وشقيقا، خطأ في الطباعة.

(١٤) (لسبب) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: بسبب

(١٥) (الاصلاح) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: الصلاح

(١٦) انظر: الاختيار ٣: ٥

وركنه:

الايجاب، والقبول، لأنه معاوضة (١).

وشرائط جوازه:

أن يكون المال المصالح عليه معلوما، إن كان يحتاج الى قبضة، بأن صالح على مال في يد المدعى عليه، فمتى كان البدل مجهولا (تقع) (٢) بينهما (منازعة) (٣) مانعة من التسليم (٤).

وأن يكون (البدل) (٥) (وهو) (٦) المصالح (عنه) (٧) حقا يجوز الاعتياض عنه، مالا، أو لم يكن مالا كالقصاص (٨). معلوما كان، أو مجهولا (٩). وإن لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة (١٠)، وحد القذف (١١)، والكفالة (١٢) بالنفس، لا يجوز الصلح عنه.

---

(١) انظر: البدائع ٦: ٤٠، الدر المختار٥ :٦٢٨.

(٢) (تقع) في: أ، د، هـ، وفي ب، جـ: لا تقع

(٣) (منازعة) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: المنازعة

(٤) انظر: البدائع ٦: ٤٠، الدر المختار ٥: ٦٢٨ الاختيار ٣: ٦، مجمع الأنهر والدر المنتقى ٢: ٣١١

- اشترط الحنفية في المال المصالح عليه أن يكون مالا، متقوماً شرعا، مملوكا للمصالح معلوما، وقالوا، لا فرق في المال المصالح عليه بين أن يكون عيناً، أو دينا، أو منفعة، لأن العوض في المعاوضات قد يكون عيناً، وقد يكون دينا، وقد يكون منفعة، إلا أنه يشترط القبض في بعض الأعواض، في بعض الأحوال دون بعض. فيشترط مثلا قبض بدل الصلح اذا كان منقولا لصحة التصرف فيه في نوعي الصلح، بخلاف العقار الذي لا يشترط قبضة لصحة التصرف. (انظر: البدائع ٦: ٤٢ وما بعدها).

(٥) (البدل) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: البلد

- ويقصد به محل النزاع، أو العقد

(٦) (وهو) في: أ، ب، جـ ، وساقطة من د، هـ.

(٧) (عنه) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: عليه

(٨) انظر: البدائع ٦: ٣٨، الدر المختار ٥: ٦٢٨

- ويقصد بالحق الذي يجوز الاعتياض عنه حق العبد لا حق الله عز وجل سواء كان مالا عينا، أو دينا، أو حق ليس بمال عين، ولا دين، حتى لا يصح الصلح عن حد الزنا، والسرقة، وشرب الخمر، بان أخذ زانيا، أو سارقا من غيره. أو شارب خمر، فصالحه على مال، على أن لا يرفعه الى ولي الأمر، لأنه حق الله تعالى ولا يجوز).

الصلح من حقوق الله تعالى، لأن المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه، اما باستيفاء كل حقه، أو باستيفاء البعض، واسقاط الباقي، أو بالمعارضة وكل ذلك لا يجوز في حق الله تعالى. (انظر: البدائع ٦: ٤٨).

(٩) انظر: المراجع السابقة.

قال في البدائع ٦: ٤٩: «وأما كون المصالح عنه معلوماً فليس بشرط لجوازالصلح، حتى أن من ادعى على آخر حقاً =

وحكمه:

وقوع الملك في البدل، وثبوت الملك في المصالح عنه إن كان مما يحتمل التمليك كالمال، ، ((ووقوع) (١) البراءة عنه للمدعى عليه إذ كان لا يحتمل التمليك) (٢) كالقصاص.

هذا إذا كان الصلح على الإقرار. (٣)

ومن الصلح (على انكار) (٤) ثبوت الملك في (البدل) (٥)، ووقوع البراءة للمدعي (عن) (٦) (الدعوى) (٧) سواء كان المصالح عنه مالاً، أو لم يكن مالاً. (٨)

عين فاقر به المدعي عليه، أو انكر، فصالح على مالٍ معلوم جاز، لأن الصلح كما يصح بطريق المعارضج يصح بطريقة الإسقاط، ولا يمكن تصحيحه بطريقة المعاوضة لجهالة احد البدلين، فيصحح بطريقة الاسقاط فلا يؤدي إلى المنازعة من التسليم والتسلم، والقبض لأن الساقط لا يحتمل ذلك».

(١٠) انظر: المراجع السابقة.

- قال في البدائع ٦: ٤٩: «ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له، على شيء على أن يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل، لأنه لاحق للشفيع في المحل، إنما الثابت له حق التمليك، وهو ليس لمعنى في المحل، بل هو عبارة عن الولاية، وإنها صفة الوالي، فلا يحتمل الصلح عنه».

(١١) انظر: المراجع السابقة.

- وفيها: أنه لا يجوز الصلح عن حد القذف، وإن كان فيه حقاً للعبد، إلا أن حق الله غالب فيه.

(١٢) انظر: المراجع السابقة.

قال في البدائع ٦: ٤٩ «الكفيل بالنفس إذا صالح على مال على أن يبرئه من الكفالة، فالصلح باطل. لأن الثابت للطالب قبل الكفيل حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه، وذلك عبارة عن ولاية المطالبة، وإنها صفة الوالي فلا يجوز الصلح عنها، فاشبه الشفعة».

(١) (ووقوع) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: أو وقوع.

(٢) (ووقوع ...... التمليك) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٣) انظر: الدر المختار ٥: ٦٢٩، حاشية الطحطاوي ٣: ٣٥١.

- وعقد الصلح كعقد البيع في أحكامه إن وقع عن مال بمال، فتثبت فيه الشفعة، والرد بالعيب، ويفسده جهالة البدل، وتشترط فيه القدرة على تسليم البدل. (انظر: مجمع الأنهر والدر المنتقى ٢: ٣٠٨، الهداية والعناية ونتائج الافكار ٨: ٤٠٩).

(٤) (على إنكار) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: إنكار على.

(٥) (البدل) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: البلد.

(٦) (عن) في: أ، ب،ج، وفي د، هـ: من.

(٧) (الدعوى) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: المدعي.

(٨) انظر: الدر المختار ٥: ٦٢٩، حاشية الطحطاوي ٣: ٣٥١.

وإذا خشي القاضي من تفاقم الأمر بين المتخاصمين، أو (كانا) (١) من أهل الفضل، أو بينهما (رحم) (٢) (سواه) (٣) بينهما، وأمرهما بالصلح.

وقال "عمر بن الخطاب رضي الله عنه" : (٤) «ردوا القضاء بين ذوي الأرحام حتى يصطلحوا، فان فصل القضاء يورث (الضغائن) (٥)» (٦).

---

(١) (كانا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: كان.

(٢) (رحم) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: رحماً.

(٣) (سواه) في: د، هـ، وفي أ، ب، : لواه، وفي ج: استوا.

(٤) سبق تخريجه في القسم الأول من الكتاب (راجع رسالة الزميل محمد النتشة ص ١٦١.

(٥) (الضغائن) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: الصغائر.

(٦) تبصرة الحكام ٢:٥٢، وانظر: طلبة الطلبة: ١٤٤.

- قال في مجمع الأنهر ٢:١٥٨ «وينبغي للقاضي أنه إذا اختصم اليه اخوان، بنوا الأعمام أن لا يعجل بالقضاء عليهم، فيدافعهم قليلاً، لأن القضاء ولو بحق ربما يكون سبباً للعداوة».

تنبيه :

ولا (يأمر) (١) بالصلح إذا تبين له وجه (الصلح) (٢) لأحدهما رجاء أن لا يصطلحا إلا أن يرى لذلك وجهاً مثل أن يرى (أن) (٣) الحكم يوقع فتنة وتهارجا. (٤)

(فرع) (٥)

قال(٦): وينبغي للإمام أن يندب إلى الصلح إذا أشكل عليه وجه الحكم.

(فإن) (٧) أبيا، أو أبى أحدهما لم يلح عليهما إلحاحاً يشبه الإلجاء، بل يفصل بينهما بالواجب، أو يترك الحكم بينهما. (٨)

تنبيه :

(قال بعضهم) (٩): إنما يجوز للقاضي أن يأمر بالصلح إذا تقاربت الحجتان بين الخصمين، غير أن أحدهما يكون ألحن بحجته من الآخر، (أو تكون) (١٠) الدعوى في أمور (درست) (١١) وتقادمت، وتشابهت، وأما إذا تبيّن للقاضي الظالم من المظلوم لم يسعه من الله إلا فصل القضاء. (١٢)

---

(١) (يأمر) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: يؤمر.

(٢) (الصلح) في: جميع النسخ، وفي تبصرة الحكام (٢/ ٥٢): الحكم. وأظنه الصحيح، لاستقامة المعنى.

(٣) (أن) في: أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ.

(٤) انظر: تبصرة الحكام ٢: ٥٢، فالتنبيه منها مع بعض التحوير.

(٥) (فرع) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: تنبيه.

(٦) هذا القول لابن راشد من المالكية. (انظر: تبصرة الحكام ٢: ٥٢).

(٧))(فان) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج، وإن.

(٨) انظر: تبصرة الحكام ٢: ٥٢

- وهذا موافق لمذهب الحنفية، فقد قال في الهندية ٤: ٢٨٤ «ولا ينبغي للقاضي أن يباشر الصلح بنفسه بل يفوض ذلك إلى غيره من المتوسطين، وسبيل القاضي أن لا يبادر في القضاء بل يرد الخصوم إلى الصلح مرتين، أو ثلاثاً، إذا كان يرجو الإصطلاح بينهم، بأن كانوا يميلون إلى الصلح، ولا يطلبون القضاء لا محالة، فأما إذا طلبوا القضاء لا محالة، وأبوا الصلح إن كان وجه القضاء ملتبساً غير مستبين للقاضي أن يردهم إلى الصلح، وأما إذا كان وجه القضاء مستبيناً، فإن وقعت الخصوبة بين أجنبيين يقضي بينهم ولا يردهم إلى الصلح حين أبوا. وإن وقعت الخصومة بين أهل قبيلتين، أو بين المحارم يردهم إلى الصلح مرتين، أو ثلاثاً، وإن أبوا الصلح، هكذا في الذخيرة».

(٩) هذا القول منقول عن كتاب الطرر لابن عات. (انظر: تبصرة الحكام ٢: ٥٢).

(١٠) (أو تكون) في: أ، ب، د، هـ، وفي ب: وتكون.

(١١) (درست) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: أدرست.

(١٢) انظر: تبصرة الحكام ٢: ٥٢.

فصل

في معرفة أنواعه

وفي "الأصل" : الصلح أنواع (ثلاثة) (١) ، صلح مع الإنكار، وصلح مع الإقرار، وصلح مع السكوت، وكل ذلك جائز عندنا(٢)، لكن معنى الصلح على الإقرار لا يتحقق فيه، لأن الصلح قطع المنازعة (والمشاجرة) (٣)، ولم يوجد هنا، خصومة ومنازعة، وإنما هو اسقاط عن بعض الحق عن طوع ورغبة. (٤)

وفي الصلح على السكوت لو أقر (المطلوب) (٥) بالدين (بعد) (٦) قبض مال الصلح، ليس للطالب عليه شيء. (٧)

وفي الصلح على الإنكار. (قال أبو حنيفة: أجوز ما يكون الصلح) (٨) على (الإنكار) (٩) لأن معنى الصلح يتحقق فيه، وهو قطع الخصومة. (١٠)

---

(١) (ثلاثة) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٢) انظر: الهداية والعناية ٨:٤٠٥، البدائع ٦:٤٠، الاختيار ٣:٥

- قال في العناية ٨:٤٠٥ : «الحصر على هذه الأنواع ضروري، لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت، أو يتكلم مجيباً، وهو لا يخلو عن النفي، والإثبات».

- وقد استدل الحنفية لجواز أنواع الصلح الثلاثة اطلاق قوله تعالى «والصلح خير» سورة النساء/آية ١٢٨. (انظر: المراجع السابقة).

(٣) (والمشاجرة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: المشاحن.

(٤) انظر: البدائع ٦:٤٠

- وقال فيها عن الإستدلال على جواز الصلح من الإنكار : «ولأن الصلح شرع للحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة، والحاجة إلى قطعها في التحقيق عند الإنكار، إذ الإقرار مسالمة ومساعدة فكان أولى بالجواز».

(٥) (المطلوب) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: المصالح.

(٦) (بعد) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: غير.

(٧) انظر: حاشية الدرر على الغرر ٢: ٣١٢.

(٨) (قال .. الصلح) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: أجوز ما يكون الصلح قال أبو حنيفة.

(٩) (الإنكار) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٠) انظر: الاختيار ٣:٥، البدائع ٦:٤٠.

وأجمعوا (١) على أن صلح الفضولي جائز (٢). بأن قال أجنبي للمدعي: إن المدعى عليه أقر معي في السر، وأنت (محق) (٣) في دعواك. فصالحني على كذا، فضمن له ذلك فصالحه صحَّ. وصورة ضمان الفضولي: بأن يقول الفضولي للمدعي: صالح فلاناً من دعواك عليه (على) (٤) كذا، على أني ضامن به، أو على كذا من مالي، أو قال: صالحني من دعواك هذه على فلان، (وأضاف) (٥) العقد إلى نفسه، أو إلى (ماله) (٦) نفذ الصلح.

(والبدل) (٧) على الضامن (٨) سواء كان بأمره (٩)، أو بغير أمره (١٠)، ويرجع بما ادعى على المدعى عليه، إذا كان الصلح بأمره (١١)، والأمر بالصلح والخلع أمر بالضمان.

---

(١) والمقصود بالإجماع إجماع أئمة المذهب الحنفي لا إجماع الأمة، فقد قال ابن حزم في مراتب الإجماع: ٦٠ «لا إجماع في الصلح لأن الشافعي وغيره يقول لا يجوز الصلح أصلاً إلا بعد الإقرار بالحق، ثم لا يجوز إلا فيما يجوز في الهبات، أو البيوع، وغيره». وانظر: المغني لابن قدامة ٤: ٥٣٠.

(٢) انظر: البدائع ٦: ٥٢، الهندية ٤: ٢٦٦، الهداية وحاشية نتائج الأفكار ٨: ٤٢٤.

(٣) (محق) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: محقاً.

(٤) (على) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٥) (واضاف) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لو اضاف.

(٦) (ماله) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: مال.

(٧) (والبدل) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: والبلد.

(٨) والضامن هو: المصالح، أي الفضولي، أو الأجنبي، وهو ضامن لبدل الصلح لأنه العقد لنفسه، أو لماله.

(٩) الضمير في قوله: «بأمره» عائد على فلان وهو المدعى عليه.

(١٠) انظر المراجع السابقة.

- وفيها: ان البدل على المصالح بموجب عقد الكفالة والضمان، لا بموجب عقد الصلح، لأنه اضاف العقد لنفسه، أو ماله، فكان كفيلاً عن المدعى عليه.

(١١) ورجوع المصالح على المدعى عليه ببدل الصلح مقيد بعدم إضافة العقد إلى ماله أو نفسه، ولو كان بأمر المدعى عليه، وفي الصورة التي ذكرها المصنف رحمه الله، كان المصالح مضيفاً العقد لنفسه، أو ماله فلا يجوز له الرجوع على المدعى عليه، لأنه متبرع بإسقاط الدين عن الغير بأن يقضي دينه من مال نفسه إذا كان اصلح عن اقرار، وإن كان الصلح عن انكار فهو متبرع بإسقاط الخصومة عن غيره، فيجوز التبرع في الحالتين. (انظر: البدائع ٦: ٥٢، وما بعدها، الهداية وتكملة فتح القدير ٨: ٤٢٤).

مسألة:

وفي «شرح الشافي»: رجل ادعى داراً، فأنكر المدعى عليه، فصالحه على نصف تلك الدار، ثم وجد المدعي بيّنة فأقامها. يأخذ النصف الباقي. وبه كان يفتي «الشيخ الإمام ظهير الدين». (١)

وفي «النصاب»: لأن الصلح اسقاط، واسقاط الحق عن العين لا يصح.

وذكر «خواهرزاده» في «نسخته»: رواية «ابن سماعة». أما ظاهر الرواية لا تسمع دعوى الباقي، ولا يأخذها. وقد ذكر كلا القولين في «الخزانة»(٢). (٣)

مسألة:

وفي «فتاوى (القاضي) (٤) الإمام»: رجل كفل عن رجل بألف درهم، فصالح الكفيل الطالب من الألف على خمسمائة، صحّ الصلح، وبرئ الأصيل، والكفيل (عن) (٥) الخمسمائة الأخرى. (٦)

وفي «الأصل»: الكفيل إذا صالح من الكفالة بالنفس على مال على أن يبرأه عنها، لم يجز الصلح. لأن هذه معاوضة مال بما ليس بمال، ولا هو في معنى المال، فبطل، ولم يبرأ، ولو أداه يرجع فيه. فإن أبرأه من (الكفالة) (٧) على كذا، فللكفيل أن يرجع عليه بما قضاه. انظر «الخلاصة» في باب الكفالة. (٨)

---

(١) هو الحسن بن علي ظهير الدين الكبير بن عبد العزيز المرغناني، الملقب بظهير الدين أبو المحاسن. كان فقيهاً محدثاً، نشر العلم، إملاءً، وتصنيفاً. من تصانيفه: الأقضية والشروط، والفتاوى، والفوائد. (انظر: الفوائد البهية: ٦٢، الجواهر المضيّة ٢: ٧٤).

(٢) للحنفية كتب كثيرة يطلق عليها الخزانة منها: خزانة الفقه لابي الليث السمرقندي، وخزانة الأكمل للجرجاني وغيرها، ولا مرجح لواحد منها في هذا الموضع. (انظر: كشف الظنون: ١: ٧٠٢).

(٣) انظر: الخانية ٣: ١٠٥، الهندية ٤: ٢٥٤.

(٤) (القاضي) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: قاضي.

(٥) (عن) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: من.

(٦) انظر: حاشية رد المحتار مع الدر المختار: ٥: ٣٢٠، البدائع ٦: ١٢
- وفيها: ان الصلح وقع عن الدين، وهو على الأصيل، فيبرأ، وبراءته توجب براءة الكفيل.

(٧) (الكفالة) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: الكفيل.

(٨) انظر: الهندية ٤: ٢٨٥، جامع الفصولين ٢: ٤٩
- وفيها: ان المفتى به في المذهب بطلان الكفالة مع عدم صحة الصلح.

مسألة :

قال «الخجندي» (١) : الصلح بعد الحلف لا يصح.

وفي «الأسرار»: انه لا يصح. وهكذا في «نكث الشيرازي».

وقيل: يصح. (٢)

وروى «محمد» عن «أبي حنيفة» رحمهما الله: انه يصح. ووجه عدم الصحة أن اليمين بدل (عن) (٣) المدعى، فإذا حلفه، فقد استوفى البدل، فلا يصح. (٤)

قال رحمه الله: ورأيت بخط «علاء الأئمة الحمامي» (٥): ادعى على آخر حق التعزير، أو حدّ القذف، وأنكر الآخر، وتوجهت إليه اليمين فافتدى يمينه بمال.

قال «الحلواني» (٦): اختلف المشايخ فيه. فقيل: يحل للآخذ ذلك. وقيل: لا يحل.

قلت: فهذا يدل على أنه يستحلف في دعوى حق التعزير، وحدّ القذف. ولكن نص (على) (٧) أنه لا يمين في حدّ القذف عندنا، فبقي (دليلاً) (٨) في حق التعزير كما نص عليه في «الفتاوى الظهيرية». (٩)

---

(١) هو الحسن بن سليمان الخجندي. وسبقت الترجمة له في القسم الأول من الكتاب في رسالة الزميل محمد النتشة.

(٢) انظر الدر المختار مع حاشية رد المحتار: ٦٣٨/٥.

- وفيها: ان القول بعدم صحة الصلح هو الأصح في المذهب.

(٣) (عن) في: أ، د، هـ، وفي ب،ج: على.

(٤) المراجع السابقة، الأشباه والنظائر: ٢٦٠.

(٥) لم اعرفه.

(٦) هو عبد العزيز بن نصر بن صالح الحلواني البخاري الملقب بشمس الأئمة إمام الحنفية في وقته ببخارى. له من التصانيف: المبسوط في الفروع والبسيط في علم الشروط، شرح أدب القاضي لابي يوسف، شرح الحيل للخصاف، وشرح الجامع الكبير، والسير الكبير للشيباني، وغيرها.

كانت وفاته ٤٤٨ هـ أو ٤٤٩هـ.

(انظر: تاج التراجم:٣٥، الفوائد البهية:٩٥، الجواهر المضيّة: ٤٢٩/٢).

(٧) (على) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: عليه.

(٨) (دليلاً) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: دليل. خطأ نحوي.

(٩) انظر: البدائع ٤٨:٦، الهندية ٢٣٠:٤، جامع الفصولين ٤٩:٢.

- ذهب الحنفية إلى القول بعدم جواز الصلح عن الحدود، لأن المصالح يتصرف في حق غيره، لا في حق نفسه، ولا يجوز الصلح عن حد القذف لأنه، وإن كان للعبد فيه حق، فالمغلب فيه حق الله تعالى، والمغلوب ملحق بالعدم شرعاً، فكان في حكم الحقوق المتمحضة حقاً لله تعالى، وانها لا تحتمل الصلح. ويجوز الصلح عن التعزير لأنه حق العبد. وكذا يصح الصلح عن القصاص في النفس، وما دونه لأنه حق العبد. (انظر: البدائع ٤٨:٦).

تنبيه :

قيل: يستحلف في حد القذف، فإن نكل. قيل: يحدّ، وقيل: يعزر.

وذكر في «شرح الطحاوي»: أنه الأصح. (١)

وقد ذكر أيضاً: (يجوز) (٢) (إفتداء) (٣) اليمين عن دعوى التعزير في الصحيح من المذهب، وكذا لو صالح. (٤)

---

(١) ما ذكره المصنف رحمه نقلاً عن شرح الطحاوي من أن الأصح جواز الاستحلاف في دعوي حد القذف مخالف لما هو مقرر في المذهب.

فقد قال في الدر المختار: ٥/ ٥٥٠: «والحاصل أن المفتى به التحليف في الكل إلا في الحدود، ومنها حد القذف، ولعان، فلا يمين إجماعاً». وانظر: الهداية والعناية وتكملة شرح فتح القدير ٨: ١٨١.

(٢) (يجوز) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: بجواز.

(٣) (إفتداء) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: افتدى.

(٤) انظر: جامع الفصولين ١: ١٤٤، الجامع الصغير: ٣٨٩، مجمع الأنهر ٢: ٢٦٢.

-ووجه القول بجوز افتداء اليمين، أو الصلح عنه في دعوى التعزير هو أن التعزير حق للعبد، فيجوز الصلح عنه. (انظر: البدائع ٦: ٤٨).

مسألة:

عن «عطاء بن حمزة»(١): إن الصلح على الإنكار على دعوى فاسدة لا يصح. ولا بد لصحة (الصلح) (٢) عن الإنكار من صحة الدعوى. وفساد الدعوى على وجهين: إما لمعنى في المدعي، أو في المدعى (على) (٣) وجه لا (يسمع) (٤) فيه أصلاً كالمناقضة فيه ونحوها. وإما (لترك) (٥) المدعي في دعواه شيئاً يمكن تداركه على وجه الصحة، كدعوى المنقول قبل إحضاره، ودعوى العقار إذا لم يذكر حدوده.

وإنما لا يصح الصلح إذا كان فساد الدعوى (لمعنى) (٦) في نفس ا لأمر(٧)، أما إذا كان لترك المدعي (شرطاً) (٨) من شرائط صحته يصح. هكذا أشار اليه في «شرح خواهرزادة». انظر تمام ذلك في «القنية». (٩)

(١) هو عطاء بن حمزة السغدي، شيخ الإسلام، كان فاضلاً عارفاً بالمذهب إماماً في الفروع والأصول، من أقواله المشهورة: الصلح على الأفعال على دعوى فاسدة لا يصح. (انظر: الجواهر المضيّة ٢/٥٢٩، الفوائد البهية: ١١٦، ٢٤١، تاج التراجم:٩).

(٢) (الصلح) في: أ، ب، ج، هـ وساقطة من د.

(٣) (على) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: عليه.

(٤) (يسمع) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ينفع.

(٥) (لترك) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: ترك.

(٦) (لمعنى) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: بمعنى.

(٧) ومثال ذلك لو ادعى أمة فقالت: أنا حرة، فصالحها عنه فهو جائز، وان اقامت بينة أنها حرة الأصل، بطل الصلح، إذ لا يمكن تصحيح هذه الدعوى بعد ظهور حرية الأصل. (انظر: حاشية رد المحتار:٥/٦٣٧).

(٨) (شرطا) في: ب، د، هـ وفي أ، ج: شيئاً شرطاً.

(٩) انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار: ٥/٦٣٧، الهندية ٤: ٢٣٠.

- وفيها: والذي استقر عليه فتوى أئمة خوارزم أن الصلح عن دعوى فاسدة لا يمكن تصحيحها لا يصح. والذي يمكن تصحيحها كما إذا ترك ذكر حدّ، أو غلط في أحد الحدود في دعوى العقار.

فرع:

ادّعى عليه داراً (فصالحه) (١) على قطعة منها لم يصح. والحيلة (له) (٢) فيه أن يزيد (درهماً) (٣) في بدل الصلح ليكون عوضاً عن الباقي، أو يلحق به لفظ البراءة عن دعوى الباقي. كذا في «حواشي القنية». وفي «الهداية» كذلك. (٤)

وذكر في «الفوائد للهداية» ناقلاً عن «الذخيرة»: أن الصلح على هذا الوجه صحيح. هو الأصح. (٥)

فصل

فيما يمنع جواز الصلح، وما لا يمنع

الصلح على أربعة أوجه: معلوم على معلوم، ومجهول على معلوم. وهما جائزان.

ومجهول على مجهول، ومعلوم على مجهول. وهما فاسدان.

مثال الأول: لو ادعى ديناً، أو حقاً على انسان، فصالحه على مال جاز.

(لأن) (٦) بيع المعلوم بالمعلوم جائز، فالصلح أجوز لأنه أوسع. (٧)

---

(١) (فصالحه) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: فصالحه بيمين.

(٢) (له) في: ب، وساقطة من: أ، ج، د، هـ.

(٣) (درهماً) في: ا، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٤) الهداية والعناية وتكملة شرح فتح القدير: ٨/ ٤١١ - ٤١٢، وانظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار: ٥/ ٦٣١، جامع الفصولين ٢: ٤٨.

- وفيها: ووجه عدم صحة الصلح هو أن المدعي أخذ بعض عين حقه، وابرأ عن الباقي، والإبراء عن الأعيان لا يصح، فليجأ إلى أحد شطري الحيلة المذكورة وهي زيادة في بدل الصلح، أو البراءة عن الدعوى لا العين.

(٥) انظر: الدر المختار: ٥/ ٦٣٢

- وفيه: ان القول بالصحة هو ظاهر الرواية. والقول بعدم الصحة رواية ابن سماعة.

(٦) (لأن) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: ولأن.

(٧) انظر: الهندية ٤: ٢٣١، جامع الفصولين ٢: ٤٨.

ومثال الثاني: لو ادعى حقاً في دار انسان في يده، ولم يسم الحق، فاصطلحا على أن (يعطي) (١) المدعى عليه، مالاً معلوماً جاز. لأن هذه الجهالة غير مفضية إلى المنازعة، لأنها غير مانعة من التسليم. (٢)

ومثال الثالث: لو ادعى حقاً في دار (في) (٣) يد انسان، ولم يسم وادعى المدعى عليه حقاً في (أرضه) (٤)، فإن اصطلحا بأن يدفع أحدهما مالاً إلى الآخر ليترك دعواه لا يجوز، لأنه يحتاج فيه إلى التسليم، والتسلم، وجهالة البدل مانعة (منهما) (٥)، فتقع المنازعة بينهما.

(وإن اصطلحا) (٦) على أن يترك كل (واحد) (٧) منهما دعواه جاز، وهذا صلح وقع عن مجهول على مجهول، وجاز ذلك لأنه لا يحتاج فيه إلى التسليم، والتسلم. (٨)

ومثال الرابع: وهو الصلح عن معلوم على مجهول إن كان يحتاج إلى التسليم، والتسلم لا يجوز، وإلا جائز لما بيّنا. (٩)

---

(١) (يعطي) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يدعي يعطي. سهو.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

- والصلح عن مجهول على معلوم قد يكون جائزاً كما ذكر المصنف رحمه الله في مثاله، حيث إن المدعي عليه يعطي المدعي مالاً معلوماً مقابل ترك المدعي دعواه، فلا يحتاج إلى التسليم، والتسلم، فيكون الصلح جائزاً. وقد يكون باطلاً إذا كان المصالح عنه يحتاج إلى تسليمه كما لو ادعى حقاً في دار في يد رجل. ولم يسمه فاصطلحا على أن يعطيه المدعي مالاً معلوماً ليسلم المدعى عليه للمدعي ما ادعاه، فانه لا يجوز. (انظرالهندية: ٤ :٢٣١).

(٣) (في) في: أ، ب، ج، وساقطة من: د، هـ.

(٤) (ارضه) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: رضه.

(٥) (منهما) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: منها.

(٦) (وإن اصطلحا) في: أ، د، هـ، وفي ب: وإن كان اصطلحا، وفي ج: وان كان مصطلحا.

(٧) (واحد) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: واحدى.

(٨) انظر: الهندية ٤ :٢٣١، جامع الفصولين ٢ :٤٨.

(٩) المراجع السابقة.

فصل

فيما ينقض الصلح، و(ما) (١) لا ينقضه

صالحه من دعواه في دار على خدمة عبد سنة، فهو على ستة أوجه: إما إن أعتقه المالك، أو (أعتقه) (٢) صاحب الخدمة. (أو قتله المالك، أو قتله صاحب الخدمة) (٣). أو قتله أجنبي، أو مات حتف أنفه، فإن اعتقه المالك عتق بخلاف الوارث إذا اعتق العبد الموصى له بالخدمة، فانه يضمن القيمة. وإن أعتقه صاحب الخدمة لا يعتق لأنه لا يملكه. وأما إذا قتله صاحب العبد لا يضمن كما لو اعتقه، ويبطل الصلح فيما لم يستوف من (المنفعة) (٤). وإن قتله صاحب الخدمة (تلزمه) (٥) (القيمة) (٦) لأنه أتلف رقبة هي ملك الغير، وكذا لو قتله أجنبي خطأ، وأخذ قيمته لا ينتقض الصلح عند «أبي يوسف» وله الخيار إن شاء اشترى بالقيمة عبداً آخر (يخدمه) (٧) سنة، وإن شاء عاد إلى دعواه.

وعند «محمد»: ينتقض الصلح، وعاد إلى دعواه. ولو مات العبد ينتقض الصلح بالإجماع. ولو لم يمت العبد ولكن مات أحد المتصالحين لا يبطل الصلح، وتكون الخدمة لورثته.

وعند «محمد»: يبطل، ويرجع (بحصة) (٨) دعواه. من «المحيط» (٩). (١٠)

---

(١) (ما) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: مما.

(٢) (اعتقه) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٣) (أو قتله ..... الخدمة) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٤) (المنفعة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: النفقة.

(٥) (تلزمه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يلزم.

(٦) (القيمة) في: ب، و في: أ، ج، د، هـ: الخدمة.

(٧) (يخدمه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لخدمته.

(٨) (بحصة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لحصته.

(٩) هو محيط السرخسي وليس المحيط البرهاني. (انظر: الهندية ٤: ٢٨١).

(١٠) انظر: المرجع السابق.

الباب السابع والعشرون

في القضاء بالاقرار

اعلم أن الاقرار من أقوى الاحكام، (وأشدها) (١)، وهو أقوى من البيّنة، ووجهه: أنه اذا كان يستند القضاء الى ظن، فبأن يستند الى علم أولى، لأن الحكم بالاقرار مقطوع به، (والحكم) (٢) بالبيّنة مظنون، ولأن الاقرار خبر صدق (إذ) (٣) (يترجح) (٤) صدقه على كذبه، لانتفاء تهمة الكذب، (وريب) (٥) الافك (٦). وحقيقته: إخبار عن كائن سابق. فيقتضي ثبوت المخبر به سابقا على اخباره (٧).

---

(١) (وأشدها) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: وأسددها

(٢) (والحكم) في: أ، د، هـ، وساقطة من ب، جـ

(٣) (إذ) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: أو

(٤) (يترجح) في: أ، جـ، وفي ب، د، هـ: يرجح

(٥) (وريب) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: وريبة

(٦) انظر: الاختيار ٢:١٢٧، تحفة الفقهاء ٣:٣١٧، تكملة فتح القدير ٨:٣١٩

- وقد استدل الحنفية لحجية الاقرار بالكتاب، والسنة، والاجماع، والمعقول.

أما الكتاب : فقوله تعالى : "كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم". سورة النساء/آية ٨، والشهادة على النفس اقرار. (انظر الاختيار ٣:١٢٧) وأما السنة: فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا والغامدية بالاقرار.

- الحديث سبق تخريجه - (انظر: المرجع السابق).

وأما الاجماع: فمنعقد على مجيئة الاقرار. (المرجع السابق).

وأما المعقول فهو أن الاقرار خبر صدق صدر عن صدق لعدم التهمة، اذ المال محبوب طبعاً فلا يكذب في الاقرار به لغيره. (انظر المرجع السابق).

(٧) انظر: الاختيار ٢:١٢٨

- والتعريف المختار عند الحنفية للإقرار كما في المتون والشروح هو: الاقرار اخبار عن ثبوت الحق لـلغير على نفسه.(انظر: تكملة فتح القدير ٨:٣١٧، الهندية ٤:١٥٦). وقد اعتبر الدكتور محمد الزحيلي تعريف الحنفية هذا هو التعريف المختار من بين تعاريف المذاهب الأخرى للإقرار لأنه جامع مانع، ولأنه عرف الاقرار بحقيقته.

(انظر: وسائل الإثبات: ٢٣٥).

وركنه: قوله (لفـلان علي كذا(١))، وما يشبهه، لأنه يقـوم (به ظهور (٢)) الحق، وانكشافه (٣)، حتى لا يصح شرط الخيار فيه بأن أقر بدين، أو عين على أنه بالخيار ثلاثة أيام فالخيار باطل. (وان) (٤) صدقه المقرّ له، والمال لازم، لأن الخيـار مشروط للفسخ، والإقرار لا يحتمل الفسخ، لأن حكمه وجوب المقرّ (به) (٥)، وهو الدين (٦).

وشرط جوازه: العقل والبلوغ لأنه لا يصح بدونهما التصرف (٧). والحرية شرط في بعض الأشياء دون البعض حتى لو أقر العـبد المحجور بالمال لا ينفذ في حق المولى، ولو أقر بالقصاص يصح (٨)، وكذا كون المقر (به)(٩) مما يجب تسليمه الى المقر له شرط حتى لو أقر أنه غصب كفاً من تراب، أو حبة من حنطة لا يصح، لأن المقر به لا يلزم تسليمه الى المقر له.(١٠)

---

(١) (الفلان علي كذا) في: أ، وفي ب، ج، د، هـ: علي لفلان كذا.

(٢) (به ظهور) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: بظهور.

(٣) انظر: الاختيار ٢:١٢٨، البدائع ٧:٢٠٨، الهندية ٤:١٥٦

- والصيغة التي هي ركن الاقرار قد تكون صريحة في الدلالة على الاقرار، وقد تكون غير صريحة، والصريحة كقوله علي لفلان كذا، لأن لفظة عليّ تستعمل في الايجاب. وغيـر الصريحة كان يقول له رجل: لي عليك الف فيقول: قضـيتهـا، لأن القضاء اسم لتسليم مثل الواجب في الذمة فـيقـتضـي سابقه الوجـوب، فكان الاقرار بالقضـاء اقراراً بالوجوب. (انظر: البدائع ٧:٢٠٧ وما بعدها).

(٤) (وإن) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: إن.

(٥) (به) في أ، ب، د، هـ، وفي ج: له.

(٦) انظر: الاختيار ٢:١٢٨، الهداية وتكملة شرح فتح القدير ٨:٣٥٠، الهندية ٤:١٥٦.

-والإقرار لا يحتـمل خيار الشرط لأن الاقرار اخبـار، والاخبار لا يحتـمل النسخ لأن الخبر إن كان صادقـاً فهو واجب العمل بـه اختاره، ام لم يختره، وإن كـان كاذبـاً فـهو واجب الرد لا يتغـير باخـتيـاره، وعدم اختياره، وإنما تأخير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير به من له الخيار بين فسخه وامضائه.

وأما صحة الاقرار التي حكمها لزوم المقر به فهي لوجود الصيغة الملزمة بقولة: عليّ، ولم ينعدم اللزوم بخياره. (انظر: تكملة فتح القدير ٨:٣٥٠).

(٧) انظر: الهداية والعناية وتكملة فتح القدير ٨:٣٢٢٣، ٣٢٤.

- وفيهـا: انه لا بد من البلوغ والعقل، لأن اقرار الصبي والمجنون غـير لازم لانعدام أهلية الالتزام، فـلا يلزم اقرارهما شيء، إلا إذا كان الصبي مأذوناً له فحينئذ يصح اقراره في قدر ما أذن له فيه، لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن.

(٨) انظر: المراجع السابقة.

(٩) (به) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: له.

(١٠) انظر: الاختيار ٢:١٢٨، الهندية ٤:١٥٦.

مسألة :

لو قال: لي عليه ألف درهم، فقال: نعم. يكون اقراراً، لأن قولة نعم جواب (لكلامه)(١) ولو قال لي: (عليه)(٢) الف درهم، فقال: إتزنها، أو انتقدها، أو أقعد فاقبضها، أو لم تحل بعد، أو قال: غداً، أو قال: أرسل من (يتزنها) (٣). فكلها اقرار، لأن هذه الكلمات تصلح للبناء لا للابتداء(٤). ولو قالك إتزن، (أو انتقد) (٥) ، أو (خذ) (٦) أو أخر، أو سوف أعطيك، ولم يذكر مع حرف الكناية لا يكون اقراراً. لأنه لا يصلح للابتداء، ولا للبناء، فإنه يستقيم أن يقول له المخاطب: ماذا أتزن ؟ ، أو انتقد ؟، فيقول: شيئا آخر (٧).

---

(١) (لكلامه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لكان.
انظرك البدائع ٧:٢٠٨، الهندية ٤:١٥٨، ١٥٩، حاشية، والمحتاره: ٥٩٤.
- وفيها: ان كلمة نعم، خرجت جواباً لكلامه، وجواب الكلام اعادة له لغة كأنه قال: لك علي ألف درهم، وهذا من اللفظ الصريح للإقرار.
(٢) (عليه) في: أ، ب، د، هـ وساقطة من ج.
(٣) (يتزنها في: أ، ب، د، هـ ،في ج: يزنها.
(٤) أنظر: المراجع السابقة.
-قال في البدائع ٧:٢٠٨ «وكذلك إذا قال له رجل لي عليك الف درهم فقال: اتزنها لأنه اضاف الاتزان الى الألف المدعاة، والإنسان لا يأمر المدعي باتزان المدعى إلا بعد كونه واجباً عليه فكان الأمر بالاتزان اقراراً بالدين دلالة، وكذلك اذا قال انتقدها لما قلنا».
(٥) (او انتقد) في أ، ج، د، هـ وفي ب: او أنقد.
(٦) (خذ) في: أ، ب، د، هـ وساقطة من ج.
(٧) انظر: المراجع السابقة
قال في البدائع ٧:٢٠٨ «و لو قال اتزن، او انتقد لم يكن اقراراً لأنه لم توجد الاضافة الى المدعى، فيحتمل الأمر بالاتزان شيء آخر، فلا يحمل على الاقرار بالاحتمال».

مسألة:

لو قال: وجدت في كتابي، او تذكرتي، أو حسابي، أو كتبت بيدي أن لفلان عليّ الفاً شاهية فهو (باطل) (١) لأنه أقر بالوجود (لا) (٢) بالوجوب، لأنه أخبرأنه وجد، أو فعل هكذا، والوجود لا يدل على الوجوب، لأنه قد يجد في كتابه مكتوب غيره، (وقد يكتب) (٣) ممتحناً للخط فلا يكون اقراراً بالوجوب (٤).

مسألة:

ذكر ابو «الليث» في «نوازله»: لو إدعى على آخر مالاً، وأخرج بذلك خطاً بخط يده على اقراره بذلك المال، فأنكر المدعى عليه أنه خطه، فاستكتب فكتب، فكان بين الخطين مشابهة ظاهرة دالة على أنهما خط كاتب واحد.

قال «أئمة بخارى»: إنه حجة يقضى بهذا، ونقل «صاحب المحيط» عن «محمد» انه نص أن ذلك لا يكون حجة، لأن (ذلك) (٥) لا يكون (أعلى) (٦) حالاً (مما) (٧) لو أقر فقال: هذا خطي، و(أنا) (٨) كتبته، غير أنه ليس له عليّ هذا المال كان القول قوله ولا شيء عليه (٩).

---

(١) (باطل) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: بط.

(٢) (لا) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: ولا.

(٣) (وقد يكتب) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: ويكتب.

(٤) انظر: الهندية ٤:١٦٧، الخانية ٣:١٢٧.

(٥) (ذلك) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: هذا.

(٦) (اعلى) في أ، د، هـ، وفي ب، ج: اعلا.

(٧) (مما) في: ب، د، هـ، وساقطة من أ، ج.

(٨) (وأنا) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج، وانما.

(٩) انظر: الهندية ٤:١٦٧، حاشية رد المحتار ٥:٤٣٦، حاشية قرة عيون الاخيار ٧:٨٨.

- وقد ذهب ابن عابدين الى تصحيح القول بعدم حجية هذا الخط إلا إذا كان الكاتب صرافاً، أو سمساراً، او بياعاً، أو نحوه، لأن خط هؤلاء حجة للعرف الجاري به. (انظر: حاشية، والمحتار٥:٤٣٦).

فرع :

وفي «العيون» (١) في كتاب الدعوى: دار في يد رجل ادعاها رجل، فأقر الذي هي في يده أنه اشتراها من المدعي.

القياس: أن تنزع الدار من يده، وتدفع الى المدعي حتى يقيم البينة(٢) أنه اشتراها من المدعي، وفي الاستحسان: تترك في يده ثلاثة أيام ويؤخذ منه كفيل حتى يقيم البينة. وكذا في (دعوى) (٣) الدين إذا ادعى المدعى عليه الايفاء يؤمر بالأداء قياساً، والإمام «ظهير الدين» كان يفتي بوجه القياس في المسألتين (٤).

مسألة :

و«أئمة بلخ» رحمهم الله قالوا: في (بادكار) (٥) الباعة إذا كان مكتوباً بخط (البياع)(٦) فهي (لازمة) (٧) عليه، لأنه لا يكتب في (بادكاره) (٨) إلا ما كان له على الناس، وما للناس عليه، فعلى هذا إذا قال البياع: وجدت في بادكاري أن لفلان علي الف درهم كان اقراراً. ذكره "السرخسي" (٩)

وخط الصراف والسمسارحجة أيضاً كما ذكرنا (١٠).

وقيل: كان «الصدر برهان الأئمة» يفتي هكذا في خط الصراف أنه حجة.

---

(١) انظر: عيون المسائل: ٢:٢٠٧.

(٢) وهذه المسألة مسالة سالها هشام لمحمد رحمه الله (عيون المسائل: ٢:٢٠٧).

(٣) (دعوى) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: دعواي.

(٤) أنظر: الهندية ٤:١٥٩.

(٥) (بادكار) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: بادكان.

-والبادكار هي المذكرة وهي كلمة غير عربية. (انظر: حاشية الناشر على الهندية ٤:١٦٧).

(٦) (البياع) في أ، ب، د، هـ وفي ج: البائع.

(٧) (لازمة) في د، هـ وفي أ، ب، ج، لازم.

(٨) (بادكاره) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: بادكانه.

(٩) انظر: الهندية ٤:١٦٧، حاشية، رد المحتار: ٥:٤٣٦.

(١٠) انظر: المراجع السابقة، الدر المنتقى ٢:١٩٢، المبسوط ١٨:١٧٣ حاشية قرة عيون الاخيار ٧:٨٩.

- ووجه القول بحجية خط الصراف والسمسار والبياع هو العرف الجاري بذلك بين التجار، وامن التزوير في هذه الدفاتر.

(انظر: حاشية رد المحتار٥: ٤٣٦، حاشية قرة عيون الاخبار ٨:٨٩).

فصل

اشترى جارية منتقبة. فلما كشف وجهها قال: هي جاريتي وادعاها لا يسمع، وكذا لو اشترى ثوباً في جراب فلما نشره قال: هذا ثوبي لا يسمع. وأصل هذا في «الزيادات» في آخر كتاب البيوع في الاستيام (١)، لأن الاستيام هل هو اقرار؟ فيه روايتان. على رواية «الزيادات» يكون اقراراً بكونه ملك البائع. (وعلى) (٢) (رواية) (٣) "الجامع" (٤) لا يكون اقراراً. (والأصح) (٥) رواية «الزيادات». وعلى الروايتين لا تسمع دعواه بعد الاستيام، والاستيام من غير البائع كالاستيام من البائع. والاستيداع والاستعارة، والاستيهاب، والاستئجار اقرارٌ بأنه لذي اليد، سواء يدعيه لنفسه. (او لغيره (بالوكالة) (٦)) (٧).

فرع:

ولو أقيمت البينة على أنه ساومه في مجلس (القضاء) (٨) خرج هو من الخصومة دون الموكل. (٩).

---

(١) الاستيام: من التساوم، والتساوم بين اثنين أن يعرض البائع السلعة بثمن، ويطلبها صاحبه بثمن دون الأول. (انظر المصباح المنير ١: ٢٩٧).

(٢) (وعلى) فيك د، هـ، وفي أ، ب، ج: وفي.

(٣) (رواية) في: أ، د، هـ وفي ب، ج: روايان.

(٤) اي الجامع الصغير.

(٥) (والأصح) في: ، ج، د، هـ، وفي أ: والصحيح.

(٦) (بالوكالة) في : أ، ب، د، هـ وساقطة من ج.

(٧) انظر: جامع الفصولين ١: ٩٠، ١٠٠، الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥: ٥٩٦.

- وقد خلوا المصنف - رحمه الله - بين الروايات، فرواية الزيادات: ان الاستيام والاستئجار ونحوه لا يكون اقراراً بالملكية لذى اليد، وأما رواية الجامع الصغير، فان ذلك يكون اقراراً لذي اليد بالملك. (انظر: حاشية ردالمحتار ٥: ٥٩٦).

- وقد ذكر ابن عابدين اختلاف علماء الحنفية في تصحيح الروايات وقال: يفتى بما في الزيادات لترجحه لكونه ظاهر الرواية وان اختلف التصحيح.

انظر: (المرجع السابق).

(٨) (القضاء) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: القاضي.

(٩) أنظر: جامع الفصولين ١: ٩٠، فصول العمادي: ق ٢٧: ٢٨.

فصل

عن «أبي يوسف»: فيمن قال: أقرضني فلان ألف درهم، إلا أنني لم اقبض لزمه المال استحساناً، والقياس أن لا يلزمه، لأن الاقراض فعل المقرض، والقبض فعل المسقرض فيوجد بدونه (١)، وجه الاستحسان وهو أن الاقراض لا يتم بدون القبض، فأشبه أحد شطري العقد، ولو أقر بالبيع وأنكر القبول لا يصدق (٢)، وكذا روى عن "محمد": اذا قال: أعطيتني الفاً، أو أقرضتني، أو أودعتني، أو أسلفتني، أو أسلمت إلي، ثم قال: لم أقبض لم يصدق إذا فصل، وإن وصل صدق، لإن هذا وإن كان عبارة عن الفعل حقيقة، لكن تمامه (يتوقف) (٣) على القبض، فكان (انكار) (٤) القبض استثناءً لبعض ما تكلم (به) (٥) (فيصح) (٦) موصولاً لا مفصولاً (٧).

---

(١) أنظر: البدائع ٢١٧:٧، الخانية ١٤١:٣، الهندية ١٩٠:٤.

- والقياس أن يلزمه المال وصل استثناء القبض ام فصله، لأن المقرّ به هو القرض، وهو اسم للعقد لا للقبض فلا يكون إلا قرار به إقراراً بالقبض، كما لايكون الإقرار بالبيع إقراراً بالقبض. (انظر: البدائع ٧/٢٢٧).

(٢) أنظر: المراجع السابقة.

- قال في البدائع ٢١٧:٧: 'وجه الإستحسان أن تمام القرض بالقبض، كما ان تمام الإيجاب بالقبول فكان الإقرار به إقراراً بالقبض ظاهراً، لكن يحتمل الانفصال في الحكم، فكان قوله لم أقبض بياناً معنى، فلا يصح إلا بشرط الوصل كالإستثناء والاستدراك'

(٣) (يتوقف) في: د،هـ،وفي أ،ب،ج: يقف

(٤) (انكار) في: ب،ج،د،هـ وفي أ: انكر

(٥) (به) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: فيه

(٦) (فيصح) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: فيصير.

(٧) انظر: المراجع السابقة

مسألة:

ولو قال: (نقدتني) (١) ألفاً ولم أقبض، أو دفع الي لم يصدق في قول «ابي يوسف» وإن وصل. وقال «محمد»: يصدق. (٢).

فرع:

ولو قال: بعتني دارك، أو أجرتني، ثم قال: لم أقبض. صدق وصل، او فصل لأن البيع، والإجارة يتم بدون القبض، فلم يكن الاقرار بهما اقراراً بالقبض (٣).

مسألة:

لو قال: لفلان علي ألف درهم ثمن خمر، وكذا لو أقر بألف، ثم قال: مال القمار، لا يصدق وصل، ام فصل عند «ابي حنيفة» رحمه الله. ولو (أقام) (٤) البينة أنه مال القمار، أو ثمن الخمر، يقبل وتندفع الخصومة (عنه) (٥)، و(لو صدقه) (٦) المقر له صدق، ولا شيء عليه (٧).

---

(١) (نقدتني) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: نقدني

(٢) انظر: البدائع ٧:٢١٧، الهندية ٤:١٩٠.

- قال في البدائع ٧:٢١٧: "وجه قوله - يعني محمد رحمه الله - أن النقد والدفع يقتضي القبض حقيقة بمنزلة الأداء، والتسليم والاعطاء والاسلام، ويحتمل الانفصال في الجملة، فيصح بشريطة الوصل كما في هذه الأشياء. ووجه قول ابي يوسف رحمه الله: أن القبض من لوازم هذين الفعلين أعني النقد، والدفع خصوصا عند صريح الاضافة والاقرار بأحد المتلازمين اقرار بالآخر، فقوله: لم أقبض يكون رجوعا عما أقر به فلا يصح".

(٣) انظر: المراجع السابقة

(٤) (أقام) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: قال

(٥) (عنه) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: عند

(٦) (ولو صدقة) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: وصدقه

(٧) انظر: البدائع ٧:٢١٦، الهندية ٤:١٨٩، الخانية ٣:١٤١

- المذكور في المسألة قول أبي حنيفة رحمه الله. وأما قول الصاحبين: فلا يلزم المقرثين صدقة المقر له، أم كذبه.

ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله، أن قوله لفلان علي ألف درهم اقرار بالف واجب في ذمته، وقوله ثمن خمر أو خنزير إبطال لما أقر به لأن ذمة المسلم لا تحتمل ثمن الخمر والخنزير، فكان رجوعا فلا يصح.

ووجه قول الصاحبين، ان المقر به مالا يحتمل الوجوب في ذمة المسلم لأنه ثمن خمر، أو خنزير، وذمة المسم لا تحتمله، فلا يصح اقراره أصلا. (انظر: البدائع ٧:٢١٦)

فصل

وفي "العيون" (١)، رجل (لو) (٢) قال: قتلت ابن فلان، ثم قال: (قتلت) (٣) ابن فلان يكون هذا اقراراً بقتل ابن واحد.

وفي "فتاوي أهل سمرقند"، لـو قال لآخر: لم قتلت (فلانا) (٤)، فقال: كان في اللوح (هكذا) (٥)، أو (قتلت) (٦) عدوي، فهو اقـرار بالقتل، وتلزمه الدية في ماله، إن لم يقر بالعمد، (ولو) (٧) قال: (المقدور) (٨) كائن لا يكون اقرارا. (٩)

---

(١) عيون المسائل لابي الليث السمرقندي ٢:٤٧١

- وفيها: ان ما قاله المقر يكون اقرارا بابن واحد الا أن يكون سمي اسمين مختلفين

(٢) (لو) في: ب، جـ، وساقطة من أ، د، هـ

(٣) (قتلت) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: قلت

(٤) (فلانا) في: جـ، د، هـ، وفي أ، ب: فلان

(٥) (هكذا) في : د، هـ، وفي أ، ب، جـ : وكذا

(٦) (قتلت) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: مات

(٧) (ولو) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: وأن

(٨) (المقدور) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: المقدر

(٩) انظر: الهندية ٤:١٦٠ نقلا عن فتاوي أهل سمرقند

فصل

لو قال: لي عليك ألف درهم دين: فقال: الحق، أو اليقين أو الصدق، أو قال: حقا أو يقينا، أو صدقا كان (اقرارا) (١)، لأن هذه الألفاظ تستعمل للتصديق غالبا في ذكرها بالرفع، أوالنصب. إن ذكره منصوبا كان تقديره، كأنه قال: ادعيت أو قلت الحق. وإن ذكره مرفوعا (كان) (٢) تقديره كأنه قال: الحق الحق، أو حقا حقا، لأن التكرار يوجب التاكيد، ولو قال: الحق (حق) (٣) لم يكن اقرارا، لأن قوله: الحق (مبتدأ) (٤)، (وقوله) حق (٥): خبره، كما يقال، زير عالم، أو قائم. والمعرفة يجوز أن يذكر خبره نكرة.

ولو قال: الصلاح، والبر لم يكن اقرار، لأن البر المنفرد يستعمل للرد غالبا لا للصدق، أي: عليك بالبِرِّ، فيكون آمرا إياه بالبِّر، ونهيا له عن الكذب.

ولو قال: الحق البر، أو اليقين البر، أو الصدق البر يكون اقرارا، لأن البر المقرون بالحق، (أو الصدق) (٦) (يستعمل) (٧) في التصديق. ولو قال: البر الصلاح لم يكن اقرارا، من "الجامع" (٨) ومن "الخلاصة" و من "شرح التجريد" ومن "المحيط" (٩). والله تعالى أعلم.

---

(١) (إقرارا) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: الإقرار

(٢) (كان) في: ب، وساقطة من أ، جـ، د، هـ

(٣) (حق) في: أ، د، هـ، وفي ب: حقا، وفي جـ: الحق

(٤) (مبتدأ) في: ب، جـ، د، هـ وفي أ: ابتداء

(٥) (وقوله) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٦) (أو الصدق) في: أ، وفي ب، جـ، د، هـ :والصدق

(٧) (يستعمل) في: أ، ب، جـ، هـ، وفي د: يستمل

(٨) الجامع الكبير للامام محمد بن الحسن الشيباني : ١٣٧

(٩) انظر: البدائع ٧:٢٠٨,٢٠٩، حاشية الدرر على الغرر ٢:٢٨١، حاشية رد المحتار ٥:٦٢١

فصل

في الإقرار في الصحة والمرض

الصحيح إذا أقر بديون لأُناس اقرارا متفرقا فهو جائز، لأنه لم يتعلق بماله حق أحد حتى يحجر عن الإقرار فيما يرجع إلى ابطال حقه (١). بخلاف المريض (٢) إذا أقر بدين (حتى) (٣) لا يصح إقراره في حق غريم الصحة (٤) (لأن حق غريم الصحة) (٥) تعلق بماله، وسواء كان المقر (له) (٦) وارثا للمقر أو أجنبيا إذا كان الإقرار واقعا في الصحة(٧). بخلاف ما إذا أقر المريض لوارثه، حيث لا يجوز عندنا (٨).

---

(١) انظر: المبسوط ١٨: ١٨٥، البدائع ٧: ٢٢٤، تحفة الفقهاء ٣: ٣٣٣.

قال في المبسوط ١٨: ١٨٥ (واقرار الصحيح بالدين، والقرض، والغصب، والوديعة لوارثه، ولغير وارثه، والمكاتبة، (واقرار المكاتب لمولاة جائز كله، لأنه لا حق لأحد في مال الصحيح، ولا تهمة في اقراره، فإنه ممكن من تحصيل مقصودة بطريق الانشاء).

(٢) أي المريض مرض الموت وهو من يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه العادية، ويغلب فيه الهلاك، ويلازمه حتى الموت، ولا تزيد مدته عن سنة. (انظر: وسائل الاثبات للزحيلي :٢٩٥، وراجع: حاشية ابن عابدين ٣: ٣٨٤، جامع الفصولين ٢: ١٨٢، الهندية ٤: ١٧٦، مجلة الأحكام العدلية المادة ١٩٥٩. المدخل الفقهي ٢: ٨٠٣)

(٣) (حتى) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: حيث

(٤) وغريم الصحة صاحب دين الصحة، وديون الصحة هي الديون التي تثبت بالشهادة أو بالاقرار أثناء صحة المدين، ويضاف اليها الديون التي تثبت بالشهادة في المرض، أو التي يعرف لها سبب كالنكاح الشاهد بمهر المثل، والبيع المشاهد، والإتلاف، والدين اللازم في حوائجه الرئيسية كالدواء وثمن الطعام، وكل ما يحتاجه المريض، ويقابل دين الصحة دين المرض، وهو مالا يثبت إلا بالاقرار في مرض الموت، ولا يعرف له سبب، وأفعال المريض في مرضه كاقراره بها. (انظر: وسائل الاثبات:٣٠٣، راجع : مجمع الأنهر ٢: ٣٠٢، الهداية والعناية وتكملة فتح القدير ٨: ٣٨٠، حاشية رد المحتار ٥: ٦١١).

(٥) (لأن ... الصحة) في أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ.

(٦) (له) في: ب، جـ، د، هـ، وساقطة من أ

(٧) انظر: المبسوط ١٨: ٢٤ وما بعدها، البدائع ٧: ٢٢٥، حاشية رد المحتار ٥: ٦١١، مجمع الأنهر ٢: ٣٠٢.

- ذهب الحنفية الى القول بجواز اقرار المريض بالدين للأجنبي غير الوارث ويصح اقراره من جميع التركة. وهذا إن لم يكن عليه ديون صحة. فان كان عليه ديون صحة قدمت في القضاء، فما فضل يصرف الى ديون المرضى، وإن فضل شيء فللورثة. (انظر: البدائع ٧: ٢٢٤ - ٢٢٥، الهداية مع البناية ٧: ٥٨٧ وما بعدها).

- وقد استدل الحنفية لعدم التسوية بين ديون الصحة، وديون المرض في القضاء بأن الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه ابطال حق الغير، وفي اقرار المريض ذلك، لان حق غرماء الصحة تعلق بمال المريض من حيث الاستيفاء، فمنع

....

المريض من التبرع والمحاباة اذا أحاطت الديون بماله، ومنع من التبرع بالزيادة على الثلث إن لم يكن عليه دين، (انظر: الهداية مع البناية ٧:٥٨٨، وراجع: المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء ٢:٨٠٤ وما بعدها).

(٨) انظر: الهداية وتكملة شرح فتح القدير ٨:٣٨٧، مجمع الأنهر ٢:٣٠٢، حاشية رد المحتار ٥:٦١٣، البدائع ٧:٢٢٤، المبسوط ١٨:٢٤-٢٥.

- وقد استدل الحنفية بما روى عن سيدنا عمر، وابنه سيدنا عبد الله رضي الله عنهما أنهما قالا: إذا اقر المريض لوارثه لم يجز، واذا اقر لأجنبي جاز"

* وهذا نقل غريب، فإن هذا المعنى مذكور عن شريح وابراهيم والحكم، اخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٦/ ١٩٥، ١٩٦ رقم ٧٨٧، ٧٩١) وأما عن الصحابة فلم اجد عنهم في هذا الباب سوى ما اخرجه ابن حزم في المحلى من طريق عبد الرزاق، قال: نا بعض أصحابنا عن الليث عن نافع مولى ابن عمر عن ابن عمر قال: إذا اقر المريض في مرضه لرجل فإنه جائز (انظر المحلى ٨/ ٢٥٤). وانظر سنن البيهقي (٦/ ٨٥) وفتح الباري (٥/ ٣٧٤-٣٧٧) وقال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١١١/باب اقرار المريض): قوله: عن عمر رضي الله عنه أنه قال: إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته"، سكت: غريب.

وقال الحافظ قاسم بن قطلو بغا في (٥٢). رواه محمد بن الحسن في الأصل. وهذا ظاهرة مخالف للمنقول أولا.

* ولم يرو عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعا، ولأنه متهم في هذا الاقرار لجواز أنه آثر بعض الورثة على بعض بميل الطبع، أو بقضاء حق موجب للبعث على الاحسان. وهو لا يملك ذلك بطريق التبرع والوصية به، فأراد تنفيذ غرضه بصورة الاقرارمن غير أن يكون للوارث عليه دين، فكان متهماً في إقراره فيرد، ولأنه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الورثة بماله، ولهذا لا يملك أن يتبرع عليه بشيء من الثلث مع انه خالص ملكه لا حق لأجنبي فيه، فكان اقراره للبعض ابطالا لحق الباقين فلا يصح في حقهم، ولأن الوصية لم تجز لوارث فالاقرار أولى، لأنه لو جاز الاقرار لارتفع بطلان الوصية، لأنه يميل الى الإقرار اختيارا للايثار، بل هو أولى من الوصية، لأنه لا يذهب بالوصية الا الثلث، وبالاقرار يذهب جميع المال، فكان ابطال الاقرار ابطال الوصية بالطريق الأولى. ويصح اقرار الصحيح لوارث لأن ما ذكرنا من الموانع منعدمة في اقراره"(انظر: المراجع السابقة).

- وقول المصنف - رحمه الله - (عندنا) فيه اشعار بخلاف المذاهب الأخرى فقد ذهب جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية وهو قول ابي ثور، وعطاء، والحسن الى أن اقرار المريض مرض الموت لوارثه صحيح لازم، سواء كان المقر مدينا، أم ليس بمدين، وقد استدلوا لقولهم بالقياس على الاقرار للأجنبي، وبأن الظاهر أن المقر محق في اقراره، لأنه انتهى الى حالة يصدق فيها الكاذب، ويتوب فيها الفاجر.

(انظر: مغني المحتاج ٢:٢٤٠، شرح جلال الدين المحلي وحاشية قليوبي عليه. ٣:٣، الكافي:٤٥٧، القوانين الفقهية:٢٦٩، فتح العلي المالك ٢:٣٢٨، المغني ٥:٢١٤).

مسألة:

ولا يصح اقراره فيما يؤدي الى ابطال حق الباقين (١) (إلا) (٢) بتصديقهم، بخلاف الاقرار للأجنبي، لأن التعلق لم يظهر في الاقرار للأجنبي ضرورة، لأنه كان محتاجا الى معاملة الأجانب حالة الصحة غالبا، فلو لم يصح اقراره لهم بالدين في المرض (لامتنعوا)(٣) عن معاملته، ولا ضرورة في حق الوارث لأن المعاملة لم تقع معهم غالبا(٤)

---

(١) اي الورثة. (انظر الهداية وتكملة شرح فتح القدير ٨: ٣٨٧)

(٢) (إلا) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: لا

(٣) لامتنعوا) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: امتنعوا

(٤) انظر: المراجع السابقة: البدائع ٧: ٢٢٤، تبيين الحقائق ٥: ٢٥.

- وقد ذكرت في التعليق على المسألة السابقة أوجه استدلال الحنفية على عدم جواز اقرار المريض لوارثه.

فرع:

ومن قضي منهم (١) دينه فهو جائز، ولا يشاركه فيه الباقون، (٢) لأنه ليس في تخصيصه ابطال حق الباقين، لأن حقهم لم يتعلق بماله في (حال) (٣) الصحة (٤)، إلا أن يكون أقر لرجلين بدين واحد (فما قضاه) (٥) لأحدهما (يشترك) (٦) فيه الآخر، لأن الدين يزداد بالقبض، لأن المقبوض (خير) (٧) من غير المقبوض، والزيادة صفة دين مشترك فتحدث على الشركة كثمرة شجرة مشتركة (٨)، بخلاف المريض اذا خص بعض غرمائه بالقضاء لا يصح في حق الباقين، لأن حق الباقين تعلق (بماله) (٩) في مرض الموت (١٠).

---

(١) الضمير عائد على غرماء الصحة المذكورين في بداية الفصل، وقد دل على هذا المعنى السياق، ولأن ديون الصحة مقدمة في القضاء على ديون المرض (انظر: البدائع ٧:٢٢٤).

(٢) الضمير عائد على غرماء الدين، اي من أقر لهم المريض أثناء مرضه

(٣) (حال) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: حالة

(٤) انظر: البدائع ٧:٢٢٤-٢٢٥، الهداية مع النباية ٧:٥٨٧، الهندية ٤:١٧٧

- وقد سبق ذكر الاستدلال في التعليق على بداية هذا الفصل.

(٥) (فما قضاه) في: د، هـ، وفي أ: في القضاء، وفي ب، جـ: فما قضي

(٦) (يشترك) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: يشترط

(٧) (خير) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: جزء

(٨) انظر: الهندية ٤:١٧٧، الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥:٦١١

- والمسالة مقيدة بأن يقر لرجلين في مرض موته. إن لم يكن عليه ديون صحة. والحكم في المسالة لا يختلف سواء وقع الإقراران معا، بأن قال مريض لرجلين: لكما علي ألف درهم، أو وقعا على التعاقب بأن قال لأحدهما: لك علي خمسمائة ثم سكت يوما، أو أقل، أو أكثر ثم قال للآخر: لك علي خمسمائة (انظر: الهندية ٤:١٧٧)

(٩) (بماله) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: مال

(١٠) انظر: حاشية رد المحتار ٥:٦١١، حاشية الدرر على الغرر ٢:٢٧٧، الهدية مع البناية ٧:٥٩٠ قال في حاشية الدرر على الغرر ٢:٢٧٧ (لم يجز للمريض قضاء دين بعض الغرماء، اي غريم كان من غريم الصحة والمرض، حتى لو فعل ذلك لم يسلم المقبض للقابض، بل يكون بين الغرماء بالحصص).

- وقد استثنى الحنفية من عدم جواز تخصيص بعض الغرماء بقضاء الدين القرض الذي استقرضه المريض في مرض موته والثابت بالبينة لا بالاقرار، وكذلك ما نقده ثمن ما اشترى في مرضه اذا علم بالبينة، وكذلك اجرة مسكنه، ومأكله، وملبسه، وثمن أدويته، وأجرة طبيبه، وكل ما هو من حوائجه الأصلية. (انظر: الهداية والبناية ٧:٩٥٠، حاشية الدرر على الغرر ٢:٢٧٧).

مسألة:

ولو أقر بدين ثم بوديعة فهما دينان، ولا تقدم الوديعة، لأنه حين أقر بالدين كان ملكه ثابتا ظاهرا بالعين (التي) (١) في يده، فتعلق بها الدين، فلا يجوز اقراره بكونها وديعة (فيما) (٢) يرجع الى ابطال حق (الغريم) (٣)، فصار مقرا بإستهلاك الوديعة، فيكون اقرارا (بالدين) (٤). (٥)

---

(١) (التي) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: الذي
(٢) (فيما) في: جـ، د، هـ، وفي أ: فما، وفي ب: فلا
(٣) (الغريم) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: القرع
(٤) (بالدين) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: بدين
(٥) انظر: المبسوط ١٨: ٢٥، الهندية ٤: ١٧٧
- قال في المبسوط ١٨-٢٥: "وكذلك لو اقر بدين ثم بوديعة، لأنه لما سبق الاقرار بالدين فقد ثبت في ذمته على أن يتعلق بتركته عند موته، وما في يده تركته من حيث الظاهر، فاقراره بعد ذلك بوديعة بعينها لا يكون صحيحا في ابطال ما كان بغرض الثبوت، فهو كالثابت لتقرر سببه، وتعلق الدين بالمال عند الموت لخراب الذمة، وسبب الموت هو المرض فيستند حكم الخراب الى أول المرض، ويصير كأن الدين كان متعلقا بهذه العين حين أقربانه وديعة فلا يقبل إقراره في إبطال حق الغريم عنه وإذا لم يقبل اقراره بذلك صار هو مستهلكا للوديعة بتقديم الاقرار بالدين عليها، والاقرار بالوديعة المستهلكة اقرار بالدين، فكأنه اقر بدينين فيتحاصان - أي يقتسمان الدين حسب الحصص".

مسألة:

ولو أقر بالوديعة أولا ثم بالدين، فالاقرار بالوديعة أولى، وكذلك البضاعة، والمضاربة حكمها حكم الوديعة سواء (١). ولو أقر بوديعة ألف درهم، ثم مات ولا تعرف بعينها فهي دين في تركته، لأنه مات مجهلا للوديعة (٢).

(١) انظر: المراجع السابقة
- قال في المبسوط ١٨: ٢٥: "ولو أقر بالوديعة أولا ثم بالدين، فالوديعة أولى، لأنه حين أقر بها لم يكن لأحد فيها حق ثابت، ولا كان بفرض الثبوت فصح اقراره بالعين مطلقا، وتبين أنها ليست بتركته، ثم اقراره بالدين بعد ذلك إنما يكون شاغلا لتركته لا لما لم يكن من جملة ملكه".
(٢) انظر: الهندية ٤: ١٧٧.

فصل

في اقرار المريض باستيفاء الدين

كل دين وجب في الصحة بدلا عن مال (١)، أو عما ليس بمال (٢)، فاقرار المريض باستيفـائه جائز، لأنه كما (وجب) (٣) استـحق عليه البراءة بـالقبض، ولهذا اذا أحـضره أجبر على قبوله (٤). وكـذا كل دين وجب له في مـرضه بـدلا عمـا ليس بمال، (نحـو إن)(٥) قُتل عبده (٦)، أو (قطعت) (٧) يده، أو قتل عمدا (٨)، فصالح عن دم العمد على مال، فأقـر باستيفائه جـاز، لأن حق الغريم إنما (يتعلق) (٩) بالمال، وهـذا (بدل) (١٠) ما ليس بمال. (١١)

---

(١) والدين الواجب بدلا عن مـال كبـدل القـرض، أو ثمن المبيع. (انظر البـدائع ٢٢٦:٧، الهندية ١٧٩:٤، جـامع الفصولين ١٨٤:٢)

(٢) والدين الواجب بدلا عـما ليس بمال نحـو المهر، وبدل الخـلع، وأرش جنـاية الخطأ، وبدل الصلح عن دم العـمد، وأشباه ذلك. (انظر: المراجع السابقة).

(٣) (وجب) في: ب، جـ، د، هـ وفي أ: وجب عليه

(٤) انظر: المراجع السابقة

- وفيها: ان المسألة مقيدة باقرار المريض باستيفاء دينه الواجب له في حال صحته من أجنبي غير وارث.

- وقد استدل الحنفية للمسـألة بان المريض بهذا الاقرار لا يبطل حق الغرماء لأن المديون استحق البراءة عن الدين بالاقرار باستيفـاء الدين حالة الصـحة. ، كما استـحقها بايفـاء الدين بالتخلية بين المال، وبين صـاحب الدين. والعارض هو المرض وأثره في حجر المريض عما كان له، لا في حجره عما كان حقا مستحقا عليه. (انظر: البدائع ٢٢٧:٧).

(٥) (نحو إن) في: أ، ب، جـ، وفي د هـ: قطع

(٦) اي خطأ

(٧) (قطعت) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: قطع

(٨)اي عبده

(٩)(يتعلق) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: تعلق

(١٠) (بدل) في: أ، جـ، د، هـ وفي ب: ليس بدل

(١١) انظر: المراجع السابقة.

....

=

- وأما الصورة الأخرى من المسألة فهي أن يقر باستيفاء دين وجب له حالة مرضه، وكان الواجب عما هو بدل مال، فلا يصح اقراره، ولا يصدق في حق غرماء الصحة، ويجعل ذلك منه اقرارا بالدين، لأنه لما مرض فقد تعلق حق الغرماء بالمبدل وهو مال. (انظر: البدائع ٧:٢٢٧)

فرع:

ولو أقر لزوجته بدين من مهرها في مرضه صرف الى مهر مثلها، لأنه لا تهمة في هذا القدر (١)، ولو أقرت المرأة المريضة باستيفاء مهرها من زوجها، وهو هذا الألف، ثم طلقها قبل الدخول (بها) (٢)، ثم ماتت، قسم الألف بين غرمائها، ولا شيء على الزوج من المهر، لأنه لما طلقها قبل الدخول صار أجنبيا عنها، فجاز اقرارها له باستيفاء مهرها (منه) (٣)، لأن المهر بدل ما ليس بمال (٤). ولو كان دخل بها، وأقرت بالاستيفاء ثم طلقها، وانقضت عدتها قبل أن تموت، صح الاقرار، سواء كان الزوج صحيحا، أو مريضا، لأن عدتها لما انقضت صار الزوج اجنبيا عنها (٥)، ولو لم تنقض عدتها (حتى) (٦) ماتت، وقد كان طلقها طلاقا بائنا، فأقرت باستيفاء المهر فغرماء الصحة أولى بذلك، حتى يستوفوا بالاستيفاء، ومما يصيبه، (من) (٧) الميراث (٨) ، لأنها لما ماتت في العدة، ماتت والنكاح باق في حق الارث، فصارت مقره باستيفاء الدين من (الوارث) (٩)، وإنه لا يجوز لمكان التهمة، لأنه يحتمل انهما جعلا هذا طريقا (لتصحيح) (١٠) الاقرار، (ولهذا) (١١) صح اقرارها في حق الأقل (١٢)، (لانه لا تهمة في الأقل) (١٢)، ولا يصح في الزيادة (١٣)، من "الايضاح" ومن "شرح التجديد".

---

(١) انظر: البناية ٧: ٥٩٥، تكملة شرح فتح القدير ٨: ٣٩٣، جامع الفصولين مع حاشية خيرالدين الرملي عليه ٢: ١٨٥

(٢) (بها) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: فيها

(٣) (منه) في: أ، د، هـ، وساقطة من ب، جـ

(٤) انظر: الهندية ٤: ١٨٠، البدائع ٧: ٢٢٧، حاشية الدرر على الغرر ٢: ٢٨١، جامع الفصولين ٢: ١٨٥

- قال في البدائع ٧: ٢٢٧: "ولو أقرت في مرضها أنها استوفت المهر من زوجها، ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها، يصح اقرارها، لأن الزوج بالطلاق قبل الدخول خرج من أن يكون وارثا لها، فلم يكن اقرارها باستيفاء المهر منها اقرار بالدين للوارث فصح، وليس للزوج أن يضارب الغرماء بنصف المهر فيقول: انها أقرت باستيفاء جميع المهر ، وهي لا تستحق بالطلاق قبل الدخول الا نصف المهر، فصار نصف المهر دينا لي عليها، فأنا اضرب مع غرمائها، لأن اقرارها بالاستيفاء انما يصح في حق براءة الزوج عن المهر، لا في حق اثبات الشركة في مالها مع غرمائها، لأن ديونهم ديون الصحة، واقرارها للزوج في حال المرض ، فلا يصح في حقهم".

(٥) انظر: المراجع السابقة =

....

---

(٦) (حتى) في: ب، جـ، د، هـ، وساقطة من أ
(٧) (من) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: الى
(٨) والمقصود بعبارة المصنف - رحمه الله - (وغرماء الصحة... والميراث) أي أن غرماء الصحة يستوفون ديونهم من المهر الذي يعتبر في يد الزوج لعدم صحة اقرار الزوجة باستيفائها اياه، ومن نصيبه في الميراث منها، لما علم سابقا من تقديم ديون الصحة في القضاء.
(٩) (الوارث) في: أ، جـ، د، هـ وفي ب: الارث
(١٠) (التصحيح) في: أ، ب، جـ، هـ، وفي د: لتصيح
(١١) (ولهذا) في: أ، جـ، د، هـ، وساقطة من ب
(١٢) (لأنه ... الأقل) في: ب، جـ، د، هـ وساقطة من أ
(١٣) انظر: المراجع السابقة
- وقد وضح صاحب البدائع المسألة، وبين الاستدلال لها بقوله: "وأما في البائن فلأن العدة باقية، وكانت ممنوعة من هذا الاقرار، لقيام النكاح في حال العدة، فكان النكاح قائما من وجه فلا يزول المنع مادام المانع قائما من وجه، ولهذا لا تقبل شهادة المعتدة لزوجها: وإن كان الطلاق بائنا، وإذا لم يصح اقرارها وعليها ديون الصحة فيستوفي أصحاب ديون الصحة ديونهم، فإن فضل من مالها شيء ينظر الى المهر والى ميراثه منها، فيسلم له الأقل منهما، ومشايخنا يقولون أن هذا الجواب على قول أبي حنيفة، رضي الله عنه، وأما على قولهما يجب أن يكون اقرارها باستيفاء المهر من الزوج صحيحا في حق التقديم على الورثة في جميع ما أقرت، واصل المسألة في كتاب الطلاق في المريض يطلق امرأته بسؤالها ثم يقر لها بمال أنه يصح اقراره عندهما لأنها أجنبية لا ميراث لها منه، وأبو حنيفة رضي الله عنه يقول: لها الأقل من نصيبها من الميراث، ومما أقرّ لها به. فهما: يعتبران ظاهر كونها أجنبية، وأبو حنيفة رحمه الله يقول: يحتمل أنهما تواضعا على ذلك ليقر لها بأكثر من نصيبها فكان متهما فيما زاد على ميراثها في حق سائر الورثة فلم يصح". (انظر: البدائع ٧:٢٢٨).

فصل

ذكر في "خزانة الفقه" (١) خمسة أقارير لا تجوز من المريض: اقراره بالدين لوراثه، واقراره باسيتفاء الدين من وارثه، واقراره باستيفاء (مهر) (٢) (مضمون) (٣) على وارثه، واقراره باستيفاء دين ووارثه كفيل به، لأنه محجور عما ينفع وارثه. وهذه الأقارير تنفعه لأن في بضعها اسقاط الدين (عنه، وفي) (٤)، بعضها ابراء عن المطالبة. واقراره باستيفاء كتابة عبد يجوز في الثلث لما بينا، واثنان من (أقاريره) ٥)(لا تجوز في الحال، وتنفذ في المآل، أحدهما: اقراره لوارثه بدين في مرض موته، ثم صح من ذلك المرض، ثم مات (٦). والثاني: اقراره لعبد وارثه بالدين، لأن المرض الذي تعقبه الصحة كلا مرض، ولأنه بالصحة ظهر أنه لم يكن مرض (موت) (٧). (٨)

(وأربعة) (٩) من أقاريره لا تجوز في الحال، ولا تنفذ في المآل: اذا أقر لابنه بدين وهو عبد، ثم عتق، ثم مات المقر، وذكر في كتاب الاقرار: إن كان (عليه) (١٠) دين لا يصح، لأن اقراره وقع لابنه فلم يجز لأنه وارثه، وإن لم يكن عليه دين صح، لأن الاقرار وقع للأجنبي. والثاني: إذا أقر لأبنه وهو نصراني، ثم أسلم، ثم مات المقر. والثالث: إذا أقر لإمرأته بدين، ثم طلقها طلاقا بائنا، ثم تزوجها ثم مات.

والرابع: إذا أقر لأخيه بدين، وله ابن، ثم مات الابن، ثم مات المقر، لأن الاقرار (وقع) (١١) للوارث، وإن كان لا يستحق الارث حالة الاقرار، لكن سبب الارث قائم، وهي البنوة، والزوجية، وانه يمنع صحة الاقرار (١٢)، انظر: "شرح التجريد" والله سبحانه وتعالى الهادي الى الصواب.

---

(١) خزانة الفقه لابي الليث السمرقندي ١:٢٨٩

(٢) (مهر) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج، وفي خزانة الفقه ١:٢٨٩: مال.

(٣) (مضمون): في أ، ب، د، هـ وفي جـ: مضمونة

(٤) (عنه وفي): في ب، حـ، وفي أ،: عنه وفيها، وفي د، هـ: وفي

(٥) (اقاريره) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: أقارير

(٦) انظر: الهندية ٤:١٧٧

=

....

---

(٧) (موت) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: موته
(٨) انظر: المرجع السابق
(٩) (واربعة) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: أربعة
(١٠) (عليه) في: د، هـ، وفي أ، جـ : على أنه، وفي ب: على ابنه
(١١) (وقع) في أ، ب، جـ، وفي د، هـ :واقع
(١٢) انظر: خزانة الفقه ١:٢٨٩

الباب الثامن والعشرون
في القضاء بالعرف والعادة

قال الله تعالى : "خذ العفو، وأمر بالعرف، وأعرض عن الجاهلين" (١). والعادة غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد، أو (على)(٢) بعضها(٣). ونقل بعض العلماء(٤): الاجماع على أن من باع سلعة بمائة دينار، ونقد البلد مختلف أن البيع فاسد، ولو كان مع اختلاف السكك جرت عادة بالتبايع، بسكة معلومة، لكان البيع صحيحا، وقضي بدفع تلك السكة. ومن ذلك: قول المقر له عندي، ومعي، فهذا اللفظ يستعمل في الأمانات لأن كلمة عند تستعمل (للقربة) (٥) ومع للمقارنة، والمقارنة هي المقاربة والدين لا يكون قريبا من الانسان حقيقة، والوديعة تكون قريبة منه، ولأن هذه الكلمة تستعمل في العرف والعادة في الأمانات لا في (الايجابات) (٦)، ومطلق الكلام يحمل على المتعارف (٧).

---

(١) سورة الأعراف: آية / ١٩٩

- والاستدلال بهذه الآية الكريمة لموضوع القضاء بالعرف والعادة، استدلال في غير محله لأن العرف الوارد في قوله تعالى: "وأمر بالعرف"، هو العرف بالمعنى اللغوي وهو المعروف من الاحسان. (انظر: المفردات في غريب القرآن: ٣٣٢) وأما المقصود بالعرف في الباب فهو العرف بالمعنى الاصطلاحي وهو: عادة جمهور قوم في قول، أو عمل. (انظر: المدخل الفقهي ١: ١٣١، وراجع: رسالة ابن عابدين نشر العرف في بناء الأحكام على العرف، والمنشورة في مجموعة رسائله ٢: ١١٢ وما بعدها والتي صرح الأستاذ الزرقاء بأن وضعه لهذا التعريف مستوحى من عدة تعاريف للفقهاء ذكرها ابن عابدين في رسالته المذكورة".

- وقد ذكر الأستاذ الزرقاء في المدخل ١: ١٣٣ بأن الاستدلال بالآية الكريمة على تأييد العرف بالمعنى الاصطلاحي هو من باب الاستئناس

(٢) (على) في: أ، وساقطة من ب، جـ، د، هـ

(٣) انظر: تبصرة الحكام ٢: ٦٣

- والعادة عند الحنفية هي: ما استمر الناس عليه على حكم العقول، وعادوا اليه مرة بعد أخرى، (انظر: التعريفات: ١٤٩، رسالة نشر العرف ٢: ١١٢)

(٤) ناقل الاجماع هو المازري من المالكية (انظر: تبصرة الحكام ٢: ٦٣)

- ومذهب الحنفية موافق لما نقله المازري من اجماع في السكك، واختلاف النقود.

فقد قال في روضة القضاة ١: ٧٢٢ "وإن كانت النقود مختلفة في البلد، رجع الى غالب النقد، كمال يفعل في البيع، والأثمان".

وانظر: (الهندية ٤: ١٩٠-١٩١).

(٥) (للقربة) في: أ، ب، جـ، د، هـ: المقربة

(٦) (الايجابات) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: لايجابات

(٧) انظر: البدائع ٧: ٢٠٨، تكملة شرح فتح القدير ٨: ٣٠٢ روضة القضاة ٢: ٧٢٤

مسألة :

اذا كان الخص (١) بين الدارين، فادعاه كل واحد منهما، والقمط (٢) الى أحدهما، فهو لمن اليه القمط في قولهما خلافا لأبي حنيفة، لأن عندهما (يرجح) (٣) بذلك اعتبارا (بالعادة) (٤)، وهو ان الانسان يجعل وجه البناء الى صاحب العلو، وكذلك الطاقات، (فيترجح) (٥) به (٦).

مسألة :

وإذا اختلف الزوجان (في متاع البيت) (٧) فما يعرف (للرجال) (٨) فهو للرجال (٩)، وما يعرف (للنساء) (١٠) فهو للنساء (١١)، وما يصلح لهما فهو (للرجال) (١٢). (١٣)

---

(١) الخص هو: البيت من القصب، والجمع اخصاص، مثل قفل، واقفال (انظر: المصباح المنير ١:١٧١، مختار الصحاح :١٧٧).

(٢) القمط: بالكسر حبل تشد به الأخصاص، (انظر: القاموس المحيط ٢:٣٨٢، المصباح المنير ١:٥١٦، مختار الصحاح : ٥٥١)

(٣) (يرجح) في أ، جـ، وفي ب: يترجح، وفي د، هـ: ترجح

(٤) (بالعادة) في: أ، ب، جـ، وفي د: العادة، وفي هـ: للعادة

(٥) (فيترجح) في : أ، ب، وفي جـ، د، هـ: فترجح

(٦) انظر: الخانية ٢:٤١٩، الهندية ٤:٩٩

- واما على قول أبي حنيفة رحمه الله: فيقضي بالخص، بينهما نصفين (انظر: المراجع السابقة).

(٧) (في متاع البيت) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٨) (للرجال) في: جـ، د، هـ، وفي أ، ب: بالرجال

(٩) انظر: الهداية والبناية ٧:٤٦٣، مجمع الأنهر، والدر المنتقى ٢:٢٦٨، حاشية رد المحتار ٥:٥٦٣

- والذي يصلح للرجال كالعمامة، والسلاح، والكتب، ونحوها يكون القول فيها للرجل مع يمينه، لأن الظاهر يشهد له بذلك (انظر: المراجع السابقة).

(١٠) (للنساء) في: جـ، د، هـ، وفي أ، ب: بالنساء

(١١) انظر: المراجع السابقة

- وفيها: أن ما يصلح للنساء هو ما يختص بالنساء عادة كالدرع، والخمار، والملاءة، والإسورة، والخلخال، والحلى ونحوها، ويكون القول فيها للمرأة مع يمينها، لأن الظاهر يشهد لها بذلك.

(١٢) (للرجال) في: جـ، د، هـ، وفي أ، ب، : للرجل

(١٣) انظر: المراجع السابقة

- وما يصلح للزوجين من المنزل، والفرش، والرقيق، والأواني، والعقار، والمواشي، والنقود، فالقول فيه للزوج مع يمينه، لأن الزوجة وما في يدها في يد الزوج، والقول في الدعاوى لصاحب اليد، بخلاف ما يختص بها، لأن الاختصاص أقوى من اليد.

(انظر: مجمع الأنهر ٢:٢٦٨).

مسألة:

رجل بعث الى امرأته شيئا، أو اشترى لها أمتعة، بعدما بنى بها، فقال الزوج: هو من المهر، وقالت: هو هدية.

(ذكر) (١) في "الجامع الصغير" (٢): أن القول قول الزوج، إلا فيما يؤكل، فالقول قولها، لأن في غير المأكول (يشهد له الظاهر) (٣)، والعرف الجاري بخلافه.

قاعدة:

كل من له عرف يحمل كلامه على عرفه (كقوله) (٤) عليه الصلاة والسلام: "من حلف فاستثنى عاد كمن لم يحلف" (٥)، يحمل على الحلف الشرعي (٦).

---

(١) ذكر في :ب، جـ، د، هـ، وفي أ: ذكرت

(٢) الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير : ١٨٥

(٣) (يشهد له الظاهر) في: جـ، د، هـ، وفي أ، ب: يشهد الظاهر بكذبه

(٤) كقوله) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: لقوله

(٥) قد ورد في عدم حنث المستثنى أحاديث، وأما هذا اللفظ فإني لم أجده عند أحد، وفوق كل ذي علم عليم.

(٦) انظر: تبصرة الحكام ٢: ٦٧

- وفيها: ان الحلف الشرعي هو الحلف بالله، لا الحلف بالطلاق، والعتاق، لأنهما ايمان العشاق.
- وبناء الكلام، وبخاصة اليمين على العرف موافق لمذهب الحنفية في المسألة.
- قال في الأشباه والنظائر: ٩٧ "الإيمان مبنية على العرف لا على الحقائق اللغوية".

وانظر: (رسائل ابن عابدين: ١: ٢٨٢، الاختيار ٤: ٦٣).

- وقد فرع الحنفية على هذه القاعدة فروعا كثيرة منها:

من حلف لا يشتري طعاما، لا يحنث إلا بشراء الحنطة، والدقيق، والخبز، استحسانا للعرف. (انظر:الاختيار ٤: ٦٣).

وكذلك من حلف لا يأكل لحما، فأكل سمكا، لا يحنث استحسانا، لأن السمك لا يسمى لحما عرفا، وإن كان القرآن سماه لحما بقوله تعالى : "لتأكلوا منه لحما طريا". سورة النحل/آية ١٤ . (انظر:الهداية وشرح فتح القدير ٥: ١٢١).

فرع:

لو قال: ايمان البيعة تلزمني، فإنها (تتخرج) (١) على ما جرت به العادة في الحلف عند الملوك المعاصرة، اذا لم يكن له نية، فأي شيء جرت به عادة (ملك) (٢) (الوقت) (٣) في التحليف به في بيعتهم، واشتهر عند الناس بحيث صار عرفا، ومنقولا متبادرا للذهن من غير قرينة حمل (على يمينه) (٤) وإن لم يكن الأمر كذلك اعتبرت نيته، فإن لم يكن (شيء) (٥) من ذلك، فلا شيء عليه (٦).

---

(١) (تتخرج) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: تخرج
(٢) (ملك) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ
(٣) (الوقت) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: ذلك الوقت
(٤) (على يمينه) في أ، ب، جـ، د، هـ وفي تبصرة الحكام ٢: ٦٨: يمينه عليه. وهو الصحيح.
(٥) (شيء) في: أ، جـ، د، هـ وفي ب: ينو شيئا
(٦) انظر: تبصرة الحكام ٢: ٦٨، الفروق للقرافي في الفرق الثامن والعشرين ١: ١٧٧
- وتفصيل مذهب المالكية في هذه المسالة هو أنه اذا ترتب على الحالف حكم قضائي: فالمعتبر في يمينه العرف الذي اشتهر بحيث أصبح متبادراً الى الذهن من غير قرنية، فإن لم يكن ذلك فاللغة لا غير، وإن لم يترتب عليه حكم قضائي فالمعتبر في يمينه النية، ثم بساط الحال او السبب الباعث على اليمين، ثم العرف، ثم اللغة، (انظر: حاشية ابن الشاط ادرار الشروق على أنواء الفروق ١: ١٧٩، تهذيب الفروق ١: ١٩٢).
- واما مذهب الحنفية فقد ذكرته في المسالة السابقة، وبينت ان الايمان عندهم تحمل على العرف والعادة لا على النيات. (انظر في موضعه).

وذكر "القرافي" (في) (١) هذه المسألة (٢) في كتاب "الأحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام" (٣): (ما الصحيح) (٤) في هذه الأحكام في مذهب أبي حنيفة(٥)، والشافعي وغيرهما المرتبة على العوائد (اللذين) (٦) كانا حالة جزم العلماء بهذه الأحكام، فهل إذا تغيرت تلك العوائد، وصارت تدل على ضد ما كانت تدل عليه أولا، فهل تبطل هذه الفتاوى في الكتب، ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة؟. أو يقال: نحن مقلدون، وما لنا احداث شرع جديد لعدم أهليتنا للاجتهاد، فيفتى بما في الكتب المنقولة عن المجتهدين؟. والجواب أن اجراء هذه الأحكام التي (مدركها) (٧) العوائد، متى تغيرت تلك العوائد خلاف الاجماع، وجهالة في الدين، بل كل ما في الشريعة يتبع العوائد، يتغير الحكم فيه عند تغير العادة الي ما تقتضيه (العادة) (٨) المتجددة، وليس ذلك تجديدا للاجتهاد من المقلدين، حتى يشترط فيه أهلية المجتهدين بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء، وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد، ألا (ترى)(٩) أنهم أجمعوا على (أن) (١٠) المعاملات اذا أطلق فيها الثمن، (تحمل) (١١) على غالب النقود، فاذا كانت العادة نقدا معينا حملنا الاطلاق عليه، فاذا انقلبت العادة الى غيره، عينا ما انقلبت العادة عليه، وألغينا الأول، لانتقال العادة عنه، (وكذلك) (١٢) الاطلاق في الوصايا، والايمان، وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد. وكذلك الدعاوى إذا كان القول قول من ادّعى شيئاً لأنه العادة، ثم تغيرت العادة لم يبق القول قول مدعيه، بل (انعكس) (١٣) الحال فيه، بل ولا يشترط تغير العادة، بل لو خرجنا نحن من ذلك البلد الى بلد آخر، عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه، افتيناهم بعادة بلدهم، ولم نعتبر عادة البلد الذي نحن فيه، وكذلك اذا قدم (علينا) (١٤) أحد من (بلد) (١٥) عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه، لم نفته الا بعادة بلده (١٦). ولهذا أمثلة كثيرة في الفقه فلا نطيل (بجلبها) (١٧).

---

(١) (في) في: أ، ب، جـ، وساقطة من د، هـ

(٢) والمقصود بالمسألة هي قول الحالف ايمان البيعة تلزمني، السابقة الذكر.

(٣) انظر بتعليق الشيخ محمد عرنوس: ٦٧-٦٨، وانظر: تبصرة الحكام ٢: ٦٨

=

....

---

(٤) ما الصحيح) في أ، ب، وفي حـ: الصحيح، وفي د، هـ: أما الصحيح

(٥) بعد رجوعي إلى كتاب القرافي المذكور وجدت النص كالتالي: «ما الصحيح في هذه الأحكام في مذهب مالك والشافعي ...» ولعل المصنف رحمه الله غيّر كلمة (مالك) إلى كلمة (أبي حنيفة) قصداً منه لإثبات ما قاله القرافي للمذهب الحنفي فتأمل ذلك.

(٦) اللذين) في: ب، وفي أ، جـ، د، هـ: للذين

(٧) (مدركها) في: أ، د، هـ، وفي ب، جـ: يدركها

(٨) (العادة) في: أ، جـ، د، هـ، في ب: العوائد

(٩) (ترى) في: ب، د، هـ، وفي أ، جـ: ترا منهم.

(١٠) (أن) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(١١) (تحمل) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: تطلق

(١٢) (وكذلك) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: كذلك

(١٣) (انعكس) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: العكس.

(١٤) (علينا) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: الينا

(١٥) (بلد) في: ب، حـ، د، هـ، وفي أ: بلاد

(١٦) وما ذكره القرافي من مسالة تغير الأحكام المرتبة على العوائد، حال تغير تلك العوائد موافق لمذهب الحنفية، الذين قالوا بقواعد الفقهية مقتضاها ما قاله القرافي، كقاعدة العادة محكمة، (انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٧) ويلمس هذا الأمر بوضوح في القواعد التي ذكرتها مجلة الأحكام العدلية نقلا عن مذهب الحنفية ومن تلك القواعد:

١- العادة محكمة

٢- استعمال الناس حجة يجب العمل بها

٣- الممتنع عادة، كالممتنع حقيقة

٤- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان

٥- الحقيقة تدرك بدلالة العرف

٦- المعروف عرفا كالمشروط شرطا

(انظر: مجلة الأحكام العدلية: المواد ٣٦-٤٥)

(١٧) (بجلبها) في أ، جـ، د، هـ، وفي ب: بحلها.

تنبيه:

قال "القرافي" في الكتاب المذكور (١): وينبغي اذا ورد عليه (مستفت) (٢) لا يعلم أنه من أهل البلد الذي فيه المفتي، فلا يفتيه بما عادته يفتي به، حتى يسأله عن بلده، وهل حدث له عرف في ذلك البلد، في ذلك اللفظ اللغوي، أم لا ؟، وإن كان اللفظ عرفيا فهل عرف ذلك البلد، موافق لهذا البلد في عرفه أم لا؟ وهذا أمر متعين واجب لا يختلف فيه العلماء. وإن العادتين متى (كانتا) (٣) في بلدين (ليستا) (٤) سواء (فإن حكمها ليسا سواء) (٥)، انما اختلف العلماء في العرف، واللغة. هل يقدم العرف على اللغة. أم لا؟ فيه خلاف بينهم.

تنبيه:

ونقلت (٦) من: "الرحلة" "لأبي عبد الله رشيد" رحمه الله: فيمن حلف بالايمان اللازمة، وحنث، هل يلزمه الطلاق (الثلاث) (٧) أو واحدة؟، ثم قال: والمعتبر في ذلك عرف الحالف لا عرف المفتي، فلو دخل المفتي بلدا لا يكون عرفهم فيه أنه يراد به الطلاق الثلاث لم يجز (له) (٨)، أن يفتي (فيه) (٩) بذلك، ولا يحل (للمفتي) (١٠)، أن يفتي بما يتوقف على العرف، إلا بعد معرفة العرف، (لتغير) (١١) الجواب، هذا من الأمر المهم معرفته. انتهى. وهذا (يعضد) (١٢) كلام "القرافي".

---

(١) أي في الأحكام في الفرق بين الفتوى والأحكام، انظره ٥ :٧٣، وانظر: تبصرة الحكام ٢ :٧١.

(٢) (مستف) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: مستفتي

(٣) (كانتا) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: كانت

(٤) (ليستا) في: أ، د، هـ، وفي ب، جـ: ليسا

(٥) (فإن . . . سواء) في: ب، جـ، د، هـ، وساقطة من أ

(٦) صاحب النقل في الحقيقة هو ابن فرحون المالكي، لأن هذا التنبيه بأكمله منقول من تبصرة الحكام حرفيا. (انظر: تبصرة الحكام ٢ :٧١)

(٧) (الثلاث) في: أ، ب، د، هـ، وتبصرة الحكام ٢ :٧١، وفي جـ: الثلاثة

(٨) (له) في: أ، ب، د، هـ، وتبصرة الحكام ٢ :٧١، وفي جـ: للمفتي

(٩) (فيه) في: ب، جـ، د، هـ، وتبصرة الحكام ٢ :٧١، وساقطة من أ

(٩) (للمفتي) في: أ، ب، د، هـ، وتبصرة الحكام ٢ :٧١، وفي جـ: له

(١٠) (لتغير) في: أ، ب، حـ، وفي د، هـ: لغير

(١١) (يعضد) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: بعضه

الباب التاسع والعشرون

في القضاء بقول أهل المعرفة

يجب الرجوع الى قول أهل البصر، والمعرفة من النخاسين في معرفة عيوب الرقيق من الاماء، والعبيد، وسائر الحيوانات (١).

فرع:

هل يحكم بقول النساء فيما (يشهدن) (٢) فيه من عيوب الأماء أنه قديم قبل تاريخ التبايع، ام لا يسمع منهن (في) (٣) ذلك، ويشهد في ذلك الحكماء أو النخاسون ؟.

قال بعضهم (٤): إن كن طبيبات (سمع) (٥) منهن، وإلا فلا (يشهدن) (٦) به إلا الحكماء، وهذا هو الصحيح. (٧).

---

(١) انظر: شرح فتح القدير ٦: ٣٦٢، حاشية رد المحتار: ٥: ٣١، الخانية ٢: ١٩٤ - ١٩٥.

(٢) (يشهدن) في: أ، ب، وفي جـ، د، هـ: يشهدون

(٣) (في) في: ب، د، هـ، وساقطة من أ، جـ

(٤) هذا القول لابي عبد الله بن عتاب من المالكية جوابا للسؤال المذكور في بداية الفرع، والذي وجهه اليه ابن سهل (انظر: تبصرة الحكام ٢: ٧٢).

(٥) (سمع) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: يسمع

(٦) (يشهدن) في: أ، ب، جـ، د، هـ، وفي تبصرة الحكام ٢: ٧٢: يشهد، وهو الصحيح

(٧) انظر: تبصرة الحكام ٢: ٧٢، نقلا عن كتاب الأحكام لابن سهل

- ومذهب الحنفية في المسألة هو ثبوت العيب الباطن بقول الطبيب العدل، أو بقول امرأة واحدة اذا كان لا يطلع عليه الا النساء، وهذا في حق توجه الخصومة لا في حق الرد، لأن شهادة الواحد حجة ضعيفة لا يحكم بها الا بمؤيد كالاقرار، أو النكول.

(انظر: حاشية رد المحتار ٥: ٣١، شرح فتح القدير ٦: ٣٦٢)

- وأما اذا شهد بالغيب طبيبان. مسلمان، عدلان، فان قولهما حجة في حق الرد والخصومة. (انظر: المراجع السابقة).

تنبية :

وطريق الحكم (في ذلك) (١) ما ذكره بعضهم (٢): في رجل ابتاع جارية من رجل، ثم (قام) (٣) المشتري يريد رد الجارية، وذكر ان بها آثاراً يجب بها ردها، لم يكن بيّنها البائع. وقال البائع: لم أعلم بها عيباً، فشهد عند القاضي طبيبان، أن الآثار التي (بساقيها) (٤) كانت من مرة (٥) سوداء، دلت على أن ذلك من قروح عظيمة قديمة، كانت منذ سنة، أو نحوها، وأنه عيب يجب به الرد في (علمهما) (٦) (وشاور) (٧) الحاكم في ذلك بعض المفتين (٨)، فلم (يعترض) (٩) شهادة الشهود وفي ذلك، (مغمز) (١٠) يجب التنبه له، لأن في قوله عن الطبيبين، أنهما شهدا في الشقاق أنه من مرة (سوداء) (١١)، كانت (منذ) (١٢) سنة، وأنه عيب يجب به الرد في (علمهما) (١٣)، فصارا هما المفتيان بالرد، وهو خطأ من العمل، إنما عليهما ان يشهدا بأنه من داء قديم بها، قبل (أمد) (١٤) التبايع، ثم يشهد أهل البصر من تجار الرقيق، ونخاسهم بأنه عيب يحط من ثمنها كثراً، ثم يفتي الفقيه بعد ذلك بجواب الرد. وهذا أبين من أن يحتاج فيه إلى هذا التطويل، لكني (رأيت) (١٥) هذا المعنى قد كثر عند (الحكام) (١٦) لا ينكرونه. بل قد بلغني عن بعضهم أنه (قال) (١٧) لم تزل الشهادة تؤدى في هذا المعنى والشيوخ متوافرون، ولا ينكرونه. وقد رأيت جواب جاهل (أهل) (١٨) للاعتناء بالفتيا، وقد أفتى في قناة ظهرت في (دار) (١٩) مبيعة بالقرب من بئرها. فقال: يقال للشهود هل يجب بذلك الرد ام لا ؟ فإن قالوا: يجب. ردّت. فليت شعري ماالذي استفتي هو فيه، إذا كان الشهود يسألون، هل يجب الرد ام لا؟ وهذا نهاية في الغباوة، وإذا فشت الجهالة في الناس وحسبت سنة (٢٠).

---

(١) (في ذلك) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٢) والمقصود بقوله: (بعضهم) هو ابن سهل من المالكية. حيث إنه هو الذي ذكر طريقة الحكم هذا، معترضاً بذلك على ما يفعله بعض الفقهاء. (أنظر:تبصرة الحكام ٢: ٧٢).

(٣) (قام) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: قال.

....

(٤) (بساقيها) في: د، هـ وفي أ، ب، ج: بساقها.
(٥) مرة: تأتي بمعنى الحبل (لسان العرب: ٥: ١٦٨).
(٦) (علمهما) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: عملهما.
(٧) (وشاور) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: ويشاور.
(٨) والمقصود بقوله (بعض المفتين) هو ابن لبابة، وهو ممن اعترض عليهم ابن سهل. (انظر: تبصرة الحكام ٢: ٧٣).
(٩) (يعترض) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: يعرض.
(١٠) (مغمز) في: أ، ب، ج، وفي: د، هـ: مغمر.
(١١) (سوداء) في: أ، ب، ج، هـ وساقطة من د.
(١٢) (منذ) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(١٣) (علمهما) في: ب، ج، وفي أ، د، هـ: عملهما.
(١٤) (أمد) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: أحداث.
(١٥) (رأيت) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة وفي ج: زالت.
(١٦) (الحكام) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: الحكماء.
(١٧) (قال) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.
(١٨) (اهل) في: أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ، ولعل الصحيح: (ليس أهلا)، وذلك لاستقامة المعنى.
(١٩) (دار) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(٢٠) انظر: تبصرة الحكام ٢: ٧٢-٧٣.
- وأما مذهب الحنفية في المسألة فقد ذكرته في التعليق على المسألة السابقة الذكر فانظره في موضعه.

ووقع لبعضهم (١) أيضاً: في رجل قام عند القاضي على قوم من النخاسين في خادم باعوها منه، وظهرت بها عيوب. قال القاضي: فأمرت من وثقت بها من النساء (لتنظر) (٢) اليها في تلك العيوب، فاستبان بشهادةالمرأة أن العيب قديم بمثله ترد،(فردت على النخاسين.

قال (ابن سهل) (٣) فقول القاضي حكاية عن المرأة أنه عيب قديم ترد بمثله) (٤) جهل لاخفاء به، صارت المرأة عنده شاهدة (٥) (والطبيبة) (٦) (والمفتية) (٧)، وليس (اليها) (٨) شيء من ذلك، إلا إذا كانت ماهرة بالطب، فليسمع منها في قدمه، أو حدوثه، وأما أن تقول (هي) (٩) يجب به الرد، او لا، فليس ذلك اليها، ولا تسأل عنه. وإنما الحكم إذا ثبت العيب، وقدمه بشهادة (من) تجوز شهادته فيه أن يسأل تجار الرقيق، هل هو عيب؟ .فإذا شهدا بأنه عيب يحط من الثمن كثيراً، أفتى الفقيه حينئذ بالرد، وقد تقدم (١٠).

---

(١) والمقصود بقوله (ووقع لبعضهم) ما قاله في تبصيرة الحكام ٢: ٧٣ (ووقع في احكام إبن زياد).

(٢) (لتنظر) في:أ،ب، ج، وفي د، هـ: النظر.

(٣) (ابن سهل) في: ب، د، هـ، وفي أ، ج: ابن سهيل.

(٤) (فردت. . . .بمثله) في أ، ب، د، هـ وساقطة من ج.

(٥) شاهدة في كل النسخ والصحيح (الشاهدة) كما في التبصرة: ٢: ٧٣.

(٦) (الطبيبة) في: أ، ج، وفي ب، د، هـ: طبيبة.

(٧) (والمفتية) في: أ، ج، وفي ، د، هـ: مفتية.

(٨) (اليها) في: د، هـ وفي أ، ب، ج: لها.

(٩) (هي) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: أي.

(١١) انظر: تبصرة الحكام: ٢: ٧٣

- وقد تقدم ذكر المذهب الحنفي في هذه المسألة فانظره.

الباب الثلاثون

في القضاء بالتناقض (في الدعوى) (١) وفي دعوى الدفع، والتناقض في النسب

قال «أبو الليث»: التناقض يمنع الدعوى لغيره، كما يمنع لنفسه.

من أقرّ بعين لغيره، فكما لا يملك أن يدّعيه لنفسه، لا يملك أن يدعيه لغيره، بوكالة، أو بوصاية (٢).

مسألة:

برهن المدعى عليه على وكيل الخصومة، أنه سبقت منه مساومة، أو استعارة، أو استخدام، أو نحوها، عزل من الوكالة، لأنه لو فعله عند القاضي لعزله، والموكل على حقه لو شرط أن (إقراره) (٣) عليه لا يجوز. (٤)

(١) (في الدعوى) في: أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ.

(٢) جامع الفصولين ١: ٩٠، وانظر: الهندية: ٤: ٦٣، فصول العمادي ق: ٢٧.

- وقد قيد عمادالدين المسألة بقوله: «هذا إذا وجد منه ما يكون إقراراً بالملك، أما إذا أبراه عن جميع الدعاوي، ثم ادعى عليه مالاً بجهة الوكالة من رجل، أو وصاية منه، تسمع اي دعواه». أنظر فصول العمادي ق: ٢٧.

(٣) (إقراره) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: قراره.

(٤) جامع الفصولين ١: ٩٠، حاشية رد المحتار ٥: ٥٩٦.

- وقد سبق ذكر المسألة من باب الإقرار، فانظرها.

مسألة :

«الكرخي»: استأجر ثوباً، أو (استعاره) (١)، ثم إدعى أنه لإبنه الصغير يقبل (٢).

(ذكر) (٣) ، "قاضيخان" (مسألة الإستعارة) (٤) وقال (٥): هذه (على) (٦) الرواية التي تكون الإستعارة إقراراً، بأن لا ملك للمستعير، ولا تكون إقراراً بالملك للمعير، وتبين بهذا أن الإقرارا (بأن) (٧) لا ملك له فيه يمنع دعواه لغيره (نيابة) (٨).

قال في «الذخيرة»: مسألة الاستعارة عن «أبي يوسف» رحمه الله، (مقالة) (٩) «المبسوط» (١٠) إدعاه لنفسه، ثم ادعاه لغيره بوكالة تسمع، إذا لا منافاة بين الدعوتين، إذ وكيل الخصومة قد يضيف الملك لنفسه على معنى أن له حق المطالبة لغيرة بوكالة. ولو ادعى لغيره بوكالة، ثم لنفسه لا يسمع. لأن ما هو ملكه لا يضيفه الى غيره عند الخصومة، فتمكن المنافاة، وكذلك لو برهن أنه لفلان (آخر) (١١) وكله (بخصومة) (١٢) فيه لا يسمع، إذ وكيل الخصومة من جهة زيد لا يضيفه إلى غيره، (فيتمكن) (١٣) التناقض بين (الدعوى)(١٤) على وجه لا يمكن التوفيق.

---

(١) (استعار) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: استعان.
(٢) جامع الفصولين ١ :٩١.
(٣) (ذكر) في أ، وفي ب، ج: ذكره، وساقطة من د، هـ.
(٤) (مسالة الاستعارة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: مسالة الأيمان.
(٥) فتاوي قاضي خان٢ :٤٠٠، وجامع الفصولين ١ :٩١.
(٦) (على) في: أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ.
(٧) (بان) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بانه.
(٨) (نيابة) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ:بيانه.
(٩) (مقالة) في:أ، وفي ب، ج، يقال، وساقطة من د، هـ.
(١٠) المبسوط ١٨، ٩٨، جامع الفصولين ١ :٩١، فصول العمادي ق:٢٨.
(١١) (آخر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: آخره.
(١٢) (بخصومة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لخصومة.
(١٣) (فيتمكن في: ج، وفي: أ، ب، د، هـ، :فيمكن.
(١٤) (الدعوى) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين: الدعوتين. وهو الصحيح

مسألة:

قال في «فتاوي رشيد الدين»: أقر أنه لا ملك له فيه، ثم إدعاه لنفسه، يقبل، ولو أقر أنه ملك فلان لا يقبل، لأنه (يبطل) (١) ملك الغير بخلاف الأول (٢).

قال«عماد الدين» (في) (٣) «فصوله» (٤) في تحقيق هذا البحث وتلخيصه: لو قال ذو اليد ليس هذا لي، أو (ليس) (٥) ملكي، أو لا حق لي فيه، او ما كان لي، أو نحوه، ولا (منازع) (٦)، ثم ادعاه أحد، فقال ذو اليد: هو لي. (فالقول) (٧) له، (٨) (والتناقض لم يمنع، لأن اقراره هذا لم يثبت حقاً لأحد، إذ الإقرار للمجهول باطل) (٨)، والتناقض إنما يمنع إذا تضمن إبطال حق على أحد، فلو كان لذي اليد منازع حين قوله (ذلك) (٩) فهو إقرار بالملك في رواية (١٠) (لا في رواية) (١١)، لكن القاضي يسأل (ذا اليد) (١٢) أهو ملك المدعي؟. فلو أقر به أمره بتسليمه اليه، ولو أنكر يبرهن المدعي، ولو أقر بما ذكرناه غير ذي اليد.

(ذكر) (١٣) في «شرح الجامع» أن قوله ليس لي، أو ما كان (لي) (١٤) يمنعه من الدعوي بعده للتناقض، وإنما لم يمنع ذا اليد على ما مرّ، لقيام اليد.

---

(١) (يبطل) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: مبطل.

(٢) أنظر: فصول العمادي ق:٢٨، جامع الفصولين ١: ٩١, ٩٢، الهندية ٤: ٦٤، الاختيار ٢: ١٢٦.

(٣) (في) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.

(٤) أنظر: المراجع السابقة.

(٥) (ليس) في: أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ.

(٦) (منازع) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: منافع.

(٧) (فالقول) في: ب، د، هـ، وفي أ، ج: والقول.

(٨) (والتناقض........باطل) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٩) (ذلك) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: لذلك.

(١٠) وهي رواية الجامع. (أنظر: المراجع السابقة).

(١١) (لا في رواية) في أ، ب، وساقطة من ج، د، هـ.
- وهي رواية الأصل، (أنظر: المراجع السابقة).

(١٢) (ذا اليد) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: من ذي اليد.

(١٣) (ذكر) في: د، هـ وفي أ، ب، ج: ذكره.

(١٤) (بعده) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: بعد.

فصل

قال في «الفتاوى الصغرى»: (مالي) (١) في يد فلان دار، ولاحق، ولم ينسبه الى رستاق ولا قرية، ثم ادعى أن له قبله حقاً (بالري) (٢) في قرية. لا تقبل بينته (٣).

قال المدعي: لا بينة لي، ثم برهن، هل تقبل؟ فيه روايتان.

قال في «الملتقط»: تقبل لو (وفق) (٤).(٥)

ولو قال (المدعى عليه) (٦): لا دفع(٧) لي، ثم أتى بدفع.

(قيل) (٨): (هو) (٩) على هاتين الروايتين (١٠). وقيل: لا يصح دفعه وفاقاً. إذ معناه ليس لي (دعوى (١١) الدفع، ومن قال: لا دعوى لي قبل فلان، ثم ادعى لا تسمع كذا هنا، والأول أصوب، إذ الدفع يحصل بالبينة على الدفع، لا بدعوى الدفع، فقوله: لا دفع لي، بمنزلة قوله: لا بينة لي. (١٢)

---

(١) (مالي) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين: قال مالي

(٢) (بالري) في ب، هـ، وفي أ، ج، باللذي، وفي د: بالرمي.

(٣) جامع الفصولين ١:٩٢، فصول العمادي ق:٢٨، وانظر: الهندية ٤:٦٥، البزازية ٥:٣٣٢.

(٤) (وفق) في أ، ب، ج، وفي د،هـ : وقف.

(٥) جامع الفصولين ١:٩٢، فصول العمادي ق:٢٨، شرح ادب القاضي لابن مازة ٢:٢٥٦.

- وما قاله في «الملتقط» هو الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله حيث يقول في الاستشهاد لعدم تناقض المدعي في دعواه: «لا منافاة بين استشهاده في الانتهاء، وبين ما قاله في الابتداء، لأنه إنما قال ذلك في الابتداء، لأنه لم يعلم ان هؤلاء شهوده، بأن لم يعلم بأن هؤلاء عاينوا السبب، ولا علموا ذلك الأمر، ثم علم أنهم شهوده». (انظر: شرح أدب القاضي ٢:٢٥٧).

-وأما الرواية الأخرى فهي عن محمد رحمه الله حيث يقول: «بأن المدعي لما قال: لا بينة لي، ثم أتى بالبينة، صار مناقضاً، والمناقض لا قول له، الا ترى انه لو قال: لا حق لي قبل فلان، ثم ادعى عليه حقاً لا تصح دعواه ؟ كذا هذا، وإذا لم تصح الدعوى لا تقبل الشهادة لان الشهادة لا تقبل إلا بعد استشهاد المدعي». (المرجع السابق).

(٦) (المدعي عليه) في جامع الفصولين، وفصول العمادي، وفي أ، ب، ج، د، هـ: المدعي.

(٧) الدفع: هو الاتيان بدعوى من قبل المدعى عليه تدفع دعوى المدعي. مثلاً إذا ادعى أحد من جهة القرض بكذا قروش، وقال المدعي عليه: اديت ذلك، او انت كنت ابرأتني. (انظر: مجلة الأحكام الدولية: المادة ١٦٣١).

(٨) (قيل) في:أ، ب، ج، د، وفي هـ: قبل.

(٩) (هو) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ج.

(١٠)اي الروايتان الواردتان عن ابي حنيفة،ومحمد رحمهما الله، وذلك لأن الدفع دعوى جديدة من قبل المدعي عليه.

(١١) (دعوى) في: أ،ب، ج، هـ، وفي د: دعوة.

(١٢) جامع الفصولين ١:٩٢، فصول العمادي ق:٢٨.

مسألة:

قال في «الفتاوى الظهيرية»: لو قال: لا دفع لي، ثم جاء به. فقد قيل: هو على (الخلاف) (١) فيما لو قال: لا بينة لي، وحلف خصمه، ثم برهن، يقبل عند «أبي حنيفة»، لا عند "محمد" (٢) رحمهما الله(٣).

مسألة:

قال في «العدة»: الدفع من غير المدعى عليه لا يصح، إلا إذا كان المدعى عليه أحد الورثة، فبرهن الوارث الآخر أن المدعي (قال) (٤) أنا مبطل يسمع (٥).

«وفيها»(٦) أيضا: جعل أمر امرأته بيدها على أنه لو لم تصل اليها نفقتها في وقت كذا فهي تطلق نفسها متى شاءت، فمضى ذلك الوقت، فأرادت أن تطلق (نفسها) (٧)، (فاختلفا) (٨) في وصول النفقة في ذلك (الوقت) (٩)، فبرهنت أنه أقر أنه لم تصل اليها نفقتها قبل، وتندفع دعواه، ولو برهنت أنه أقر أنه لم يدفع اليها نفقتها لا يقبل، لجواز أن وكيله دفع إليها.

وقيل: يقبل في الوجوب (١٠) لأن دفع وكيله كدفعه، الا يرى أنه لو حلف ليعطين فلاناً حقه، (فامر) (١١) غيره، فأعطاه (بر) (١٢).(١٣)

ولو برهنت على طلقات ثلاث، وبرهن الزوج أنها أقرت بعد الطلقات الثلاث أنها اعتدت، وتروجت (بآخر) (١٤)، ودخل بها، وطلقها، ومضت عدتها، (وتزوجته) (١٥)، وهي امرأته اليوم. فقد قيل: (هذا ليس) (١٦) بدفع، والصحيح أنه دفع.(١٧)

---

(١) (الخلاف) في: ب، د، هـ، وفي أ،ج: خلاف.

(٢) (محمد) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ابي يوسف ومحمد.

(٣) جامع الفصولين ١ :٩٢، وانظر: شرح ادب القاضي لابن مازة ٢ :٢٥٧.

- وقد وضحت الخلاف بين ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله في المسألة السابقة.

(٤) (قال) في: ب، د، هـ، وساقطة من أ، ج.

(٥) جامع الفصولين ١ :١٠٤، فصول العمادي ق:٣٣.

- وقال ابن قاضي سماونة في التعليق على ما ورد في العدة: «اقول: يرد عليه من أنه يسمع من البائع، ولو لم تكن الدعوى عليه، فإن أجيب بأن البائع مدعى عليه معنى، يرد بأن الوارث الآخر كذلك، فلا وجه لإستثنائه» (انظر: جامع الفصولين ١ :١٠٤)، وراجع: مجلة الاحكام العدلية: المادة :١٦٢٤. =

فرع:

«الإيضاح»: قال أبرأني المدعي عن هذه الدعوى، (يسأل) (١) المدعي ألك بينة على المال؟ فلو برهن يحلف المدعي على البراءة، وإن لم يبرهن يحلف المدعى عليه أولاً على دعواه المال، فلو حلف المدعى عليه ترك. ولو نكل يحلف المدعي على البراءة، ودعوى البراءة إقرار بالمال عند المتأخرين لا عند المتقدمين، وهو الأصح. (٢)

مسألة:

لو برهن أنه ابن عم فلان الآخر يقبل في حق الدفع لا في اثبات النسب كعاقله برهنوا أن القاتل فلان، لا ولينا (يقبل) (٣) في دفع الدية عنهم، لا في ثبوت القتل من فلان (٤). قاله في «الفتاوي الرشيدية».

=

(٦) اي في العدة.
(٧) (نفسها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لنفسها.
(٨) (فاختلفا) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: واختلفا.
(٩) (الوقت) في أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ.
(١٠) الوجوب كما في جميع النسخ والصحيح (الوجهين) كما في جامع الفصولين وفصول العمادي.
(١١) (فامر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فامره.
(١٢) (بر) في د، هـ، وفي أ، ب، ج: فامره.
(١٣) جامع الفصولين ١:١٠٤، فصول العمادي ق:٣٣، وانظر: الهندية: ٤:٥٨.
(١٤) (بآخر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: باخي.
(١٥) (وتزوجته) في د، هـ، وفي أ، ب، ج: وتزوجت.
(١٦) (هذا ليس) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: ليس هذا.
(١٧) المراجع السابقة.
(١) (يسأل) في أ، ب، وفي ج: فسأل، وفي د، هـ: فيسأل.
(٢) جامع الفصولين ١:١٠٨، وانظر: شرح أدب القاضي لابن مازة ٢:١٧٤ وما بعدها، شرح أدب القاضي للجصاص١٧٦.
(٣) (يقبل) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: لا يقبل.
(٤) جامع الفصولين ١:١١٠.
- قال خير الدين الرملي في حاشيته على جامع الفصولين ١:١١٠، تعليقا على هذه المسألة: «اقول وفي التتار خانيّة وفي نوادر هشام قال: سمعت محمداً رحمه الله يقول. إذا وجد قتيل في محلة، ويدعي أولياؤه عليهم، وأقام أهل المحلة بينة أنه قتله فلان من غير محلتهم، أو جاء جريحاً حتى سقط في محتلهم ومات قال: يبرؤن عن الدية، فإن ادعى أولياء الدم القتل على رجل بعينه، وأقاموا البينة على ذلك، وأقام المدعى عليه البينة أن فلاناً قتله لرجل آخر. قال: لا أقبل هذه البينة، هذا كله إذا وجد القتيل وبه أثرالقتل كالجرح، والضرب ونحوه، أما اذا وجد ميتا وليس به أثر القتل كالجرح وغيره لا شيء فيه،انتهى. أقول: ومثله المحلة القرية تأمل». وانظر: الخانية ٢:٤٤٠.

مسألة:

قال في «جامع الفتاوى»: برهن أنه إبن عم الميت، وذكر النسب، فبرهن (خصمه)(١) أن جد الميت فلان غير ما بيّنه المدعي، (لو لم يقض) (٢) لا يقضى بشيء، ولو قضى بالأول لا يقضي بالثاني، كمسألة تطليق امرأته يوم النحر (بالكوفة) (٣)، في هذه السنة، وتحرير (قنه) (٤) بمكة يوم النحر في هذه السنة. (٥)

مسألة:

امرأة محتاجة خاصمت عمها ليفرض لها النفقة عليها (٦)، فبرهن العم على رجل أنه أخوها، وهو أولى بالنفقة عليها، (وأنكرت) (٧) المرأة ذلك، فالقاضي (يبرىء) (٨) العم من النفقة، ويقول لها إن شئت فرضتها على (الأخ) (٩)، بخلاف ما إذا أثبت النسب من رجل، لا أقبل البينة من الرجل أن الآخر أبوه (١٠). قاله في «المنتقى».

---

(١) (خصمه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الخصم.

(٢) (لو لم يقضي) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: لو لم يبرهن لم يقضي.

(٣) (بالكوفة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ب: بكوفة.

(٤) (قنه) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: رقبته.

(٥) جامع الفصولين ١: ١١١، وانظر نظائر المسألة في باب الاختلاف بين الشاهدين من الفتاوي الهندية ٣: ٥٠٨ وما بعدها.

(٦) (عليها): في جميع النسخ والصحيح (عليه) كما في جامع الفصولين.

(٧) (وأنكرت) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: وأنكر.

(٨) (يبرىء) في ب، د، هـ، وفي أ: يبرأ وفي ج: يبره.

(٩) (الأخ) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: الآخر.

(١٠) جامع الفصولين ١: ١١١، وانظرك الخانية ٢: ٤٤٠.

فرع:

ادعى (على) (١) رجل هو محمد بن علي بن عبد الله، ثم ظهر أن اسم جده أحمد بن عبد الله، لا تبطل الدعوى، لجواز أن يكون لجده إسمان من «الفتاوى الرشيدية» (٢).

مسألة:

ادعى إرثا وقال: لا وارث له (غيري) (٣)، ثم ادعى أن معي وارثاً آخر، (تسمع)(٤) دعوى الإرث، إذ التناقض على نفسه لا (يمنع) (٥) صحة الدعوى، لأنه ادعى كل المال لنفسه، ثم ادعى بعضه، فقد ادعى (أنقص) (٦) من الأول، (فيسمع) (٧) (من) (٨) «الواقعات» (٩).

---

(١) (على) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.
(٢) جامع الفصولين: ١ :١١.
(٣) (غيري) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: غير.
(٤) (تسمع) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: سمع.
(٥) (يمنع) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: يمنع.
(٦) (انقص) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: بعضاً.
(٧) (فيسمع) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: مسمع.
(٨) (من) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: في.
(٩) جامع الفصولين ١ :١١٢.

الباب الحادي والثلاثون

في القضاء بشهادة العفاص والوكاء

إذا جاء إنسان وقال: هذه اللقطة (١) لي، ويسمى عددها، وعفاصها (٢) (ووكاءها)(٣) (المشدود) (٤) فيه، وبه لا يستحقها به عندنا، وإن أصاب لقوله عليه الصلاة والسلام: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»(٥)، ولأن به لا يعرف أنها له، فإن الأسماء، والأوصاف، (تتشابه) (٦). (٧).

وقال «مالك» و«أبو عبيدة» (٨): يستحقها به لما روينا من حديث "أبيّ (ابن)(٩) كعب": «إعرف عددها، (ووكاءها) (١٠)، وعفاصها، فان جاء صاحبها فادفعها اليه»(١١)(١٢).

قلنا: أمر بالدفع إلى مالكها، فلا يعرف ذلك إلا بحجة، ونحن لا نشترط قيام البينة على سقوطها منه، وإنما يشترط قيامها كونه (مالكاً لها) (١٣) وهو ممكن. (١٤)

---

(١) اللقطة: هو مال يوجد على الأرض، ولا يعرف له مالك، وهي على وزن الضحكة، مبالغة في الفاعل، وهي لكونها مالاً مرغوباً فيه جعلت اخذاً مجازاً، لكونها سبباً لأخذ من رآها. (انظر التعريفات: ١٩٣، طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية: ٩٣).

(٢) العفاص: الوعاء الذي تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك (أنظر: المصباح المنير: ١: ٤١٨).

(٣) (ووكاءها) في د، هـ، وفي أ، ووكائها، وفي ب، ج: ووكاها.

-الوكاء: مثل كتاب حبل يشد به رأس القربة، والجمع أوكية مثل سلاح وأسلحة، وأوكيت السقاء، شددت فمه بالوكاء. وفي (أنظر: المصابح الميز: ١: ٦١٧).

(٤) (المشدود) في: أ، ب، د، هـ: وهما المشدود، وفي ج: وهما المشهود.

(٥) الحديث سبق تخريجه.

(٦) (تتشابه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: متشابه.

(٧) أنظر: الهداية وشرح فتح التقدير ٦ك١٢٩، الاختيار ٣: ٣٥.

(٨) الصحيح (أبو عبيد) أنظر المغني لابن قدامه: ٥: ٧٠٩.

وأبو عبيد هو القاسم بن سلام البغدادي المتوفي سنة ٢٢٤هـ بمكة وهو ابن سبع وستين سنة، قال ابراهيم الحربي، كان ابو عبيد كانه جبل نفخ فيه الروح يحسن كل شيء، ولي القضاء، بطرسوس ثمان عشرة سنة. (انظرك طبقات الفقهاء للشيرازي: ١٠٢).

(٩)(ابن) في ج، د، هـ، وساقطة من أ، ب. =

مسألة:

القول قول الملتقط إذا رفع اللقطة ليردها الى (مالكها)(١) ثم وضعها في المكان الذي أخذها منه، إن هلكت، أو استهلكها غيره، لم يضمن، هذا إذا لم يبرح عن مكانها، فإن برح عن مكانها ضمن(٢) وعن «محمد»: أنه إذا مشى خطوتين، أو ثلاث خطوات، ثم أعادها إلى مكانها برئ.

ولو نزع الخاتم من اصبع نائم، ثم (أعاده)(٣) في تلك النومة برىء (٤) أنظر "الخلاصة".

---

(١٠) (ووكاءها) في: د، هـ، وفي أ: ووكائها، وفي ب، ج: ووكاها.

(١١) اخرجه البخاري الفتح ٥/٧٨، ٩١-٩٢ رقم ٢٤٢٦ و٢٤٣٧/اللقطة/ اذا اخبره رب اللقطة بالعلامة دفع اليه/ وهل يأخذ اللقطة)

ومسلم (٣/ ١٣٥٠-رقم ١٧٢٣/اللقطة).

(١٢) أنظر: المغني لابن قدامة ٥:٧٠٩، بداية المجتهد ٢:٢٤٧.

(١٣) (مالكاً لها) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: مالكها.

(١٤) الهداية وشرح فتح القدير ٦:١٢٩، الاختيار ٣:٣٥.

- وفيها: أنه يباح للملتقط دفع اللقطة الى من يذكر أوصافها، ولا يجب عليه ذلك قضاء، وهذا عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم: «فإن جاء صاحبها وعرف عفاصها وعددها فادفعها اليه» -سبق تخريجه.

لأن الأمر في الحديث ليس للوجوب، بل هو للإباحة جمعاً بينه وبين الحديث المشهور وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» - سبق تخريجه- .

وأن يد الملتقط على اللقطة حق مقصود كالملك، فلا يستحق إلا بحجة وهو البينة اعتبراً بالملك. (انظر: المراجع السابقة).

(١) (مالكها) في أ، ب، وفي ج، د، هـ: مكانها وهو تصحيف.

(٢) أنظر: البدائع ٦:٢٠١، تحفة الفقهاء ٣:٦١٠، الخانية ٣: ٣٩٢.

-قال في البدائع «ولو أخذ اللقطة ثم ردها الى مكانها الذي أخذها منه لا ضمان عليه في ظاهر الرواية، وكذا نص عليه محمد في الموطأ. وبعض مشايخنا رحمهم الله قالوا: هذا الجواب فيما إذا رفعها، ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعها في موضعها، فأما إذا ذهب بها عن ذلك المكان ثم ردها الى مكانها يضمن. وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن عن هذا التأويل».

وقال أيضاً مستدلاً لجواب ظاهر الرواية: «ولنا أنه أخذه محتسباً متبرعاً ليحفظها على صاحبها، فإذا ردها إلى مكانها فقد فسخ التبرع من الأصل، فصار كأنه لم يأخذه اصلاً، وبه نتبين أنه لم يلزم الحفظ، وإنما تبرع به، وقد رده بالرد الى مكانها فارتد وجعل كأن لم يكن». (أنظر: المرجع السابق).

- والمسألة مقيدة بشرط ان يكون رفعها بقصد ردها على صاحبها، أما اذا رفعها لنفسه فهو ضامن على كل الأحوال، لأنه غاصب، وقد اشترط أبو حنيفة لبيان قصده من الإلتقاط الاشهاد على ذلك، أو تصديق صاحب اللقطة له، وأما الصاحبان فقالوا: يثبت ذلك بتصديق صاحبها له، وإلا كان القول قول الملتقط مع يمينه (انظر: المراجع السابقة).

(٣) (اعاده) في: ج، د، هـ، وفي أ، ب: أعادها.

(٤) أنظر: الخانية ٣:٣٩٢، الهندية ٢:٢٩٢، ٢٩٣.

الباب الثاني والثلاثون

في القضاء بقيام بعض أصحاب الحق عن (البعض) (١) في (الدعاوى) (٢) والخصومات

برهن عليه اني (وفلاناً) (٣) الغائب إشترينا منه هذا بكذا، ونقدنا ثمنه. فعلى قياس قول أبي حنيفة يحكم للحاضر (بنصفه) (٤)، فإذا قدم الغائب كلف إعادة البينة. وعلى قول أبي يوسف يحكم بكله للحاضر، والغائب، ويدفع الى الحاضر نصفه، ويودع الباقي عند ثقة، ولا يقسم حتى يحضر الغائب الشراء (والا بطل) (٥) نصيبه فيه، وصار نصيب الحاضربلا خلاف.

وذكر المسألة في «المبسوط» وقال: تقبل في حق الحاضر، لا في (حق) (٦) الغائب، ولم يذكر خلافا(٧).

(١) (البعض) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: بعض.
(٢) (الدعاوى) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: الدعوى.
(٣) (وفلاناً) في: ب، ج، وفي أ، د، هـ: وفلان خطأ نحوي.
(٤) (بنصفه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بنفسه.
(٥) (والا بطل) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: بطل(٦) (حق) في د، وساقطة من أ، ب، ج، هـ.
(٦) جامع الفصولين ١ :٣٥، فصول العمادي ق:١٤، وانظرالمحيط ٤ :ق٢٢٦، الهندية ٣ :٤٣٦، البزازية ٥ :٤١٢.
قال في المحيط ٤ :ق٢٢٦: «وذكر الخصاف رحمه الله المسالة على الخلاف على حسب ما ذكر في المنتقى، وذكرنا أن على قول أبي يوسف رحمه الله ينزع نصيب الغائب من يد المدعي عليه، وبعض مشايخنا قالوا: هذا إذا وصل الثمن إلى البائع كما هو موضوع المسالة، فان موضوع المسالة أن المدعي قال: ونقدنا له الثمن، أما إذا كان لم يصل لا ينزع، وبعضهم قال: ونقد الثمن يحتاج اليه للدفع الى المشترى، ونحن لا ندفعه الى المشتري بل نضعه على يدي عدل، ويد العدل في الحبس نظير يد البائع، كما أن يد العدل في الرهن نظير يد المرتهن في الحبس» وانظر الهندية: ٤ :٤٣٦.

مسألة:

في «المنتقى»: عن أبي يوسف، (قال) (١) ذو اليد هو لي، ولفلان بغير إرث، وقال المدعي: هو لي (ولغائب) (٢) غير من سميته بغير إرث، فبرهن المدعي أن نصفه لي يقضى (له) (٣) بربعه، إذ النصف الذي هو في يد الحاضر بين المدعي، وبين من زعم أنه (شريكه) (٤) نصفان. ولو قال المدعي: نصفه لمن سميته، ونصفه لي، فبرهن يقضى له بالنصف. ولو قال ذو اليد: نصفه لفلان، وهو دفعه الي، والنصف الآخر لا أدري لمن (هو) (٦) فقال المدعي: نصفه لمن ذكرت كما قلت، والنصف (الآخر لي) (٧)، وبرهن لا يقبل حتى يحضر فلان الغائب الدافع (٧).

وفيه (٨): وعن «أبي يوسف» رحمه الله: بيده دار باع نصفه من رجل غير مقسوم، وأشهد له بالقبض، وباع النصف الآخر من آخر، ثم استحق رجل نصف الدار، فهو خصم للمشترين جميعاً، يأخذ من كل واحد نصف ما بيده، وبأيهما ظفر فهو خصم يأخذ منه نصف ما بيده، ولو أجاز البيع الأول لم أجعل بينه، وبين المستحق خصومة. ولو باع نصفه من رجل غير مقسوم، وقبض المشتري، فالمدعي خصم للمشتري، والبائع، ويأخذ من كل منهما نصف ما بيده، ولو قال البائع: أنا أسلم اليك ما بيدي من الدراهم وهو النصف غير مقسوم جاز (ولا) (٩) خصومة بينه، وبين المشتري. وكذا لو كان هذا في (كرين) (١٠) من طعام في يد رجل، فباع منها كراً (١١) ودفعه، فاستحق رجل نصفه، فإنه خصم للبائع، والمشتري (١٢).

وعن "أبي يوسف": لو باع نصف الدار غير مقسوم، ولم (يقبضه) (١٣) المشتري حتى ادعى النصف، فالخصم فيه البائع لا المشتري، ويقضى للمدعي على البائع بنصف الدار، ويقال للبائع: سلّم للمشتري نصف الدار كذا في «الفتاوى الرشيدية» (١٤).

---

(١) (قال) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: وقال.
(٢) (ولغائب) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: ولغائب.
(٣) (له) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

مسألة:

قال في «المنتقى» : له دين عليهما، فبرهن على أحدهما، والآخر غائب قال «أبو حنيفة»: أقضي بالمال (١).

وقال «أبو يوسف»: أقضي (به عليهما) (٢) لو كانا شريكين. (٣) فيما عليهما

وذكر هذه المسألة في «المحيط»: وقال«أبو حنيفة»: أقضي بالمال عليهما كذا في «الأقضية» (٤).

---

(٤) (شريكه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لشريكه.
(٥) (هو) في: د، هـ وساقطة من أ، ب، ج.
(٦) (الآخر لي) في: ب، وفي أ، ج: للآخر، وفي د، هـ: لآخر.
(٧) جامع الفصولين ١ :٣٥، فصول العمادي ق:١٤، وانظر البزازية ٥ :٤١٢.
(٨) اي في المنتقى
(٩) (ولا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لا.
(١٠) (كرين) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: كرهن.
(١١) الكر: مكيال معرف لأهل العراق والجمع (اكرار)، وهو ستون قفيزاً، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف. قال الأزهري: فالكر على هذا الحساب إثنا عشر وسقاً. (أنظر: المصباح المنير: ١ :٥٣٠، لسان العرب مادة كرر :٥ :١٣٧، والقاموس المحيط مادة كرر:٢ :١٢٦).
(١٢) جامع الفصولين ١ :٣٦، فصول العمادي ق:١٤، ١٥، وانظر: البزازية ٥ :٤١٢.
(١٣) (يقبضه) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: يقبض.
(١٤) المراجع السابقة.
(١) اي على الحاضر (انظر: جامع الفصولين ١ :٣٦، فصول العمادي ق:١٥).
(٢) (به عليهما) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بهم عليهم.
(٣) جامع الفصولين ١ :٣٦، فصول العمادي ق:١٥، وانظر المحيط ٤ :ق٢٢٦، البزازية ٥ :٤١٣، الهندية ٤ :٤٣٨.
(٤) المراجع السابقة.
-وقال الشيخ ابو بكر الرازي رحمه الله: «هذا الجواب على أصل أبي حنيفة لا يستقيم، لأن الحاضر لا ينتصب خصماً عند الغائب عنده في جنس هذه المسائل، ورأيت في المنتقى: عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال: أقضي على الحاضر بنصف المال، وقال أبو يوسف رحمه الله: أقضي على الحاضر والغائب بجميع المال، واعلم أن محمداً رحمه الله ذكر هذهالمسائل في المبسوط، وأجاب في الكل على نمط واحد أن عند ابي حنيفة رحمه الله القضاء على الحاضر، وللحاضر يقتصر عليه، وصاحب الأقضية ذكر في هذه المسائل: ان على قول ابي حنيفة يقتصر القضاء على الحاضر، وذكر في بعضها: أنه يتعدى الى الغائب، وتارة ذكر قول أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة، وتارة ذكره بخلاف قول أبي حنيفة وتارة ذكر قول محمد مع أبي يوسف بخلاف قول أبي حنيفة، فكان عن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في الفصول كلها، وعن أبي يوسف رحمه الله روايتان، وكذا عن محمد رحمه الله روايتان». (انظر: المراجع السابقة).

فرع:

لو كفل كل منهما (عن) (١) الاخر (بأمره) (٢) ينتصب الحاضر خصماً (للغائب). (٣)، إذ ما يدعيه على الكفيل (عين) (٤) ما يثبت على المكفول عنه، إذ (يثبت)(٥) له حق الرجوع به، فيكون خصماً عن الغائب (٦)، لا لو كان بلا أمره، إذ ما يدعيه على الكفيل(٧) ليس بسبب (لما) (٨) يدعيه على الغائب. ألا يرى أنه لا يرجع به على الغائب. فلا ينتصب خصماً عنه (٩).

وقوله (١٠) : أو كان (الأصل على الحاضر (١١))، والغائب كفيل عنه (١٢). فيه نظر إذ يجوز أن يكون المال على الأصيل دون الكفيل، كما (قبل) (١٣) الكفالة. بخلاف ما لو كان الأصل على الغائب، والحاضر كفيل عنه، إذ لم يجز أن يكون المال على الكفيل دون الأصيل. وكان من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الأصيل، فينتصب الحاضر خصماً (عن) (١٤) الغائب. (١٥).

---

(١) (عن) في أ، وفي ب، ج: على، وفي د، هـ: على ما.
(٢) (بامره) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: بأمر.
(٣) (للغائب) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين: عن الغائب، وهو الصحيح
(٤) (عين) في: د، هـ وفي أ، ج، غير، وفي ب: غيره.
(٥) (يثبت) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ثبت.
(٦) اي في اثبات الدين (انظر: المحيط ٤ق: ٢٢٧).
(٧) أي الحاضر. (المرجع السابق).
(٨) (لما) في: أ، د، هـ، وفي ب: بما، وفي ج: لا.
(٩) جامع الفصولين ١: ٣٧، فصول العمادي ق: ١٥، وأنظر: المحيط ٤: ق٢٢٧.
- وفيها: ان المسالة هي قول للشيخ أبي بكر الرازي رحمه الله.
(١٠) الضمير عائد على الشيخ ابي بكر الرازي، حيث ان المصنف ينقل عن جامع الفصولين، وصاحب الجامع يشرح قول الشيخ رحمه الله. (أنظر: جامع الفصولين ١: ٣٧).
(١١) (الأصل على الحاضر) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ الأصيل كفيلاً عن الحاضر.
(١٢) وتتمة قول الشيخ أبي بكر الرازي «هو أن الحاضر ينتصب خصماً عن الغائب وذلك في الصورة المذكورة. (أنظر: المرجع السابق).
(١٣) (قبل) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: قال.
(١٤) (عن) في: ب، د، هـ وفي أ، ج، على.
(١٥) جامع الفصولين ١: ٣٧، فصول العمادي ق: ١٥، المحيط ٤: ٢٢٧، وانظر: البزازية ٥: ٤١٣، الهندية ٣: ٤٣٨.

ومن جنسه: عند «محمد» رحمه الله: فيمن باع منهما بألف، على أن كلاً منهما كفيل (عن) (١) الآخر، فبرهن على أحدهما أن له عليه، وعلى فلان الغائب الفاً، وكل منهما كفيل (عن) (٢) الآخر بأمره، فإنه يحكم على الحاضر بألف نصفه أصالة، ونصفه كفالة، ولو حضر الغائب قبل أخذ الألف لم يكن للبائع أن يأخذ ممن حضر إلا (الخمس مائة) (٣) الأصيلة، إذ الحكم علي (كفيله) (٤) حكم عليه، والحكم على المكفول عنه ليس بحكم على الكفيل. (٥)

وفيه (٦) : له عليه الف، (فكفل) (٧) (به) (٨) (بأمره) (٩)، فبرهن على الأصيل أن لي عليه كذا، وفلان كفل به بأمرك، يقضي على الأصيل، ولا يكون هذا قضاءً على الكفيل، فلو (لقي) (١٠) الكفيل ليس له أن يأخذ منه شيئاً قبل أن يعيد البينة، ولو برهن على الكفيل أولاً بغيبة (الأصيل) (١١)، وأثبت كفالته (بأمره) (١٢) ثبت المال عليه، وعلى الغائب، وينتصب الكفيل خصماً (عن) (١٣) الأصيل. أما الأصيل فلا ينتصب خصماً عن الكفيل (١٤) من «النوازل».

---

(١) (عن) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: على.

(٢) (عن) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: على.

(٣) (الخمس مائة) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: خمس مائة.

(٤) (كفيله) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: كفيل.

(٥) جامع الفصولين ١:٣٧، فصول العمادي ق:١٥، المحيط ٤:٢٢٧، وانظر: البزازية ٥:٤١٣، الهندية ٣:٤٣٨، الخانية ٢:٣٧٥.

(٦) الضمير يعود على كتاب الأقضية، الذي صرح العمادي في فصوله وصاحب المحيط بالنقل عنه في هذه المسألة، وسابقاتها.

(٧) (فكفل) في: ب، ج، وفي أ: وكفل، وفي د، هـ: وكفيل.

(٨) (به) في: أ، وساقطة من: ب، ج، د، هـ.

(٩) (بأمره) في ،، هـ، وفي أ، ب، ج: بامر.

(١٠) (لقي) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ، نفى.

(١١) (الأصيل) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: الكفيل.

(١٢) (بأمره) في: ب، د، هـ، وفي أ، ج: بامر.

(١٣) (عن) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: على.

(١٤) المراجع السابقة.

الباب (الثالث) (١) والثلاثون

في القضاء بما تسمع فيه الشهادة بلا دعوى

الشهادة بعتق الأمة، وبالطلاق تقبل حسبة بلا دعوى، ولا يشترط حضور المرأة، ولكن يشترط حضور الزوج، والمولى. (٢).

قال في «شروط الحلواني»: تحضر المرأة ليشير اليها. (٣).

مسألة:

لو شهدا أنه أبان امرأته فلانة، فقالت: لم يطلقني. وقال الزوج: ليس اسمها فلانة، (وشهدا) (٤) أن اسمها فلانة، فالقاضي يفرق بينهما،

ويماثله عتق الأمة، (فلو) (٥) شهدا أنه حررها، وأن اسمها كذا وقالت: لم يحررني، فالقاضي يحكم بعتقها (٦).

والشهادة (بحرمة) (٧) المصاهرة، والإيلاء (٨)، والظهار بدون دعوى تقبل بشرط حضور المشهود عليه.

وقيل: لا تقبل بدون الدعوى في الإيلاء، والظهار (٩) . والشهادة بالوقف بدون الدعوى، قيل: ترد، وقيل: تقبل، لأن الوقف حق الله، وهو التصدق بالغلة، فلا تشترط فيه الدعوى كطلاق، وعتق أمة. (١٠)

والشهادة بعتق قنّ لا تقبل عند "أبي حنيفة" رحمه الله بدون دعواه خلافاً لهما(١١)

---

(١) (الثالث) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: السادس.

(٢) جامع الفصولين ١ :١٢٢، فصول العمادي ق:٥٠، وانظر: حاشية ورد المحتار ٥ :٤٦٣، الأشباه والنظائر:٢٤٢.

(٣) جامع الفصولين ١ :١٢٢، فصول العمادي ق:٥٠، وانظر: حاشية الطحطاوي ٤ :٢٢٩.

(٤) (وشهدا) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: شهد.

(٥) (فلو) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: فان.

(٦) جامع الفصولين ١ :١٣٢، فصول العمادي ق:٥٠ وانظر: الأشباه والنظائر:٢٤٢، حاشية، رد المحتار ٥ :٤٦٣، حاشية الطحطاوي ٤ :٢٢٩.

=

تنبيه :

قال في «الفتاوي الرشيدية»: إن خلاف "أبي حنيفة" في الشهادة بالعتق الحاصل من جهة مولاة، أما لو (شهدا) (١)أنه حر الأصل تقبل بلا دعواه، وفاقاً، إذ الشهادة (بحرية) (٢)الأصل، شهادة (بحرية) أمه، والشهادة (بحرية)(٣) أمه، شهادة (بحرمة)(٤) الفرج، وهي حق الله فتقبل حسبة، كما في الطلاق، وعتق الأمة.

قال في «شرح الجامع الصغير»: الصحيح أن دعوى القن شرط (وعند) (٥) "أبي حنيفة" رحمه الله في حرية الأصل، والتناقض لا يمنع صحة الدعوى، والشهادة لا في (حرية) (٦)الأصل، ولا في العتق العارض (٧).

---

(٧) (بحرمة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بجهة.

(٨) الإيلاء: هو اليمين على ترك وطء الزوجة مدة، مثل والله لا أجامعك أربعة أشهر (انظر: التعريفات: ٤١).

(٩) المراجع السابقة.

(١٠) المراجع السابقة.

- وقد ذكر قاضي خان تفصيلاً في مسألة الشهادة على الوقف بلا دعوى، فقال: «وينبغي ان يكون الجواب على التفصيل إن كان الوقف على قوم بأعيانهم لا تقبل البينة عليه بدون الدعوى عند الكل. وإن كان والوقف على الفقراء، او على المسجد فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تقبل البينة بدون الدعوى، وعلى قول أبي حنيفة رحمه الله لا تقبل. (انظر: الخانية ٣٣٩:٣).

- والمختار في المذهب قول الصاحبين، وبقولهما كان يفتي الفقيه ابو الفضل الكرماني (انظر: حاشية الطحطاوي ٢٢٩:٤).

(١١) أنظر: المراجع السابقة .

- وسيأتي وجه الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبية رحمهم الله.

(١) (شهدا) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: شهد.

(٢) (بحرّية) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الحرية.

(٣) (بحرية) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: بحرمة.

(٤) (بحرمة) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: بحرية.

(٥) (وعند) في: جميع النسخ، الصحيح: عند

(٦) (حرية) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: الحرية.

(٧) جامع الفصولين ١٢٣:١، فصول العمادي ق:٥٠، وانظر حاشية ، رد المحتار ٤٦٣:٥. حاشية الطحطاوي ٢٢٩:٤.

مسألة :

قال في «المحيط»: لا يحلف على عتق القنّ حسبة بدون الدعوى وفاقاً.

وفي عتق الأمـة، والطلاق بدون الدعوى. قيـل: يحلف، وقيل: لا (فيـتأمل)(١) عند (الفتوى) (٢). (٣)

وشهادة رمضان بدون الدعوى تقـبل عندهما، وينبغي أن تشتطر الدعوى عند «أبي حنيفة»، وقيل: يشترط لفظ الشهادة وقيل: لا.

(وفي شهادة) (٤) الفطر، والأضحى (يعـتبر) (٥) لفظ الشهـادة، كذا في «الفـتاوى الظهيرية» (٦).

---

(١) (فيتامل) في: ب، د، هـ، وفي أ، ج: فتأمل.

(٢) (الفتوى) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: الفتاوى.

(٣) جامع الفصولين ١:١٢٣، فصول العمادي ق:٥٠ وانظر: حاشية الطحطاوي ٤:٢٢٩.

(٤) (وفي شهادة) في: د، هـ، وفي أ: في الشهادة الفطر، وساقطة من ج.

(٥) (يعتبر) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.

(٦) المراجع السابقة، وانظر: الأشباه والنظائر: ٢٢٥، الهندية ١:١٩٧-١٩٨.

- والمسألة بتمامها في فصول العمادي ق:٥٠ على النحو التالي: «والشهادة القائمة على هلال رمضان هل تقبل بدون الدعوى؟ عندهما: تقبل، ولا تشـترط الدعوى، وعند ابي حنيفة رحمه الله: ينبغي أن تشـترط، وهل يشترط لفظ الشهادة؟

ذكر السرخسي رحمه الله: انه لا يشترط ، وذكر خواهر زاده: أنه يشترط. وفي شهادة الـفطر، والأضحى يعتبر لفظ الشهادة كـذا ذكر القاضي ظهيـر الدين في فتاواه وفي فتاوي رشـيد الدين: تقبل الشهـادة على هلال رمضان بدون الدعوى، ولا تقبل في عيد الفطر بدون الدعوى، وفي عيد الأضحـى اختلف المشايخ رحمهم الله، لأنه اجتمع فيه حق الله تعالى وحق العباد، فبعضهم قاسوا على هلال رمضان، وبعضهم قاسوا على عيد الفطر.

وذكر في العـدة: وفي هلال رمضان لا تشترط الدعوى، ولفظ الشـهادة كمـا في سائر الاخبـارات، وفي هلال شوال ينبغي أن تشترط الدعوى، ولفظ الشهادة كما في عتق العبد، والوقف عنده. وفي فوائد صاحب المحيط رحمه الله قال: ينبغي أن لا تشترط الدعوى في هلال رمضـان كما في عتق الأمه، وطلاق المرأة عند الكل».

الباب الرابع والثلاثون

في القضاء في تحديد العقار، ودعواه، ومايتعلق به

يكتب في الحدّ ينتهي الى كذا، أو يلاصق كذا، ولا يكتب (أحد) (١) حدوده كذا.

قال أبو حنيفة: لو كتب أحد (حدوده) (٢) دخلة، أو الطريق، او المسجد فالبيع جائز، ولا تدخل الحدود في البيع. (إذا) (٣) قصد الناس إظهار ما يقع عليه البيع. لكن "أبو يوسف" قال: البيع فاسد، إذ الحدود فيه تدخل في البيع.

فاخترنا ينتهي ، أو (لزيق) (٤)، أو يلاصق، تحرزا (عن) (٥) الخلاف، (ولأن) (٦) الدار على قول (من يقول) (٧): يدخل الحد في البيع، هي الموضع الذي ينتهي اليه، فأما الموضع المنتهي اليه فقد جعل حدا، وهو داخل في البيع: وعلي قول من يقول: لا يدخل الحد في البيع، فالمنتهي الى الدار لا يدخل تحت البيع ذلك عند ذكر قولنا: (بحدوده) (٨) تدخل في البيع وفاقاً (٩) من «شروط الحاكم».

---

(١) (احد) في: أ وفي: ب، ج، د، هـ: واحد.

(٢) (حدوده) في: ب، د، هـ وفي أ، ج: حدود.

(٣) (إذ) في: أ، د، هـ وفي ب، ج: إذا.

(٤) (لزيق) في : أ، د، هـ وفي ب: لزق، وفي ج: يلزق.

(٥) (عن) في أ، د، هـ، وفي ب، ج: من.

(٦) (ولأن) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فلأن.

(٧) (من يقول) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٨) (بحدوده) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: حدوده.

(٩) جامع الفصولين ١: ٦٥، فصول العمادي ق: ٤٣، وانظر المحيط ٤: ق٣٤٨ البزازية ٥: ١٦٤، الهندية ٤: ٩ قال في المحيط ٤: ق ٣٤٨ : «قال جماعة من أهل الشروط: ينبغي أن يذكر في الحدود لزيق دار فلان لا يذكر دار فلان، لانه يصير دار فلان مدعي به، لأن الحديد يدخل في المحدود، وعندنا كلا اللفظين على السواء، أيهما ذكر فهو حسن. لأن المقصود تعريف الدار المدعي به، باتصالها بدار فلان، وانه حاصل باللفظين جميعاً. وما يقال بأن الحديد يدخل في المحدود ليس كذلك، لأنه الحد غاية، والغاية لا تدخل تحت المضروب به الغاية.

مسألة:

بعد ذكر الحدود يقول: بحدوده وحقوقه (١)، لأنه لو لم يذكر الحقوق لا يدخل الطريق، والمسيل، فيتعطل عليه الإنتفاع، فلا يفيده استحقاق الدار. ولا ينبغي أن يذكر بطريقه، ومسيل مائه لو كان باب الدار والميزاب على طريق العامة (يصير) (٢) مدعيا ذلك الموضع (تمليكه لنفسه) (٣) وهو لم يجز، إذ طريق العامة لا يملكه (احد) (٤) (قاله)(٥) في «الأقضية» (٦).

مسألة:

لا يكتفي بذكر الحدين، ويكتفي بثلاثة، فيجعل الرابع بإزاء الثالث حتى ينتهي الى مبدأ الحد الأول والشهادة (كالدعوى) (٧) فيما مر من الأحكام (٨) قاله في «المحيط» (٩).

مسألة:

لو كان الحد الرابع ملك رجلين لكل منهما أرض على حده، فذكر في الحد الرابع لزيق ملك فلان، ولم يذكر الآخر يصح. وكذا لو كان الرابع لزيق أرض ومسجد، فذكر الأرض لا المسجد يجوز، وقيل: الصحيح أنه لا يصح الفصلان، إذ جعل الحد الرابع كله لزيق (ملك فلان) (١٠)، فاذا لم يكن كله ملك فلان، فدعواه لم تتناول هذه الحدود فلا يصح. كما لو (غلط) (١١) في أحد الأربعة بخلافة سكوته عن الرابع. (قاله)(١٢) في «الفتاوي الظهيرية» (١٣)

---

(١) وحقوق العقار هي المرافق، والمنافع، من الطريق، والمسيل في ظاهر الرواية (انظر: البزازية ٥:٤١٦).

(٢) (يصير) في: جميع النسخ، والسحيح: لانه يصير، لاستقامة المعنى

(٣) (تمليكه لنفسه) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: تمليك نفسه.

(٤) (احد) في: أ،ب، د، هـ وفي ج: حد.

(٥) (قاله) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: قال.

(٦) جامع الفصولين ١:٦٦، فصول العمادي ق:٤٣، وانظر البزازية ٥:٤١٦.

(٧) (كالدعوى) في: د، هـ وفي أ، ب، ج: والدعوى.

(٨) اي إذا ذكر الشهود ثلاثة حدود قبلت شهادتهم (انظر: المحيط ٤: ق٣٢٨).

(٩) المحيط ٤:٣٤٨، جامع الفصولين ١:٦٦، فصول العمادي ق:٤٣

- وما قاله في المحيط هو ظاهر الرواية في (المذهب المحيط ٤:ق ٣٤٨).

(١٠) (ملك فلان) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: ملكه.

(١١) (غلط) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: خلط.

(١٢) (قاله) في: أ، ج، د، هـ وفي ج: كذا.

(١٣) جامع الفصولين ١:٦٦، فصول العمادي ق:٤٣، وانظر الهندية ٤:٩.

مسألة:

شهدا بحدود ثلاثة، وقالا: لا نعرف الرابع، تجوز شهادتهما (لا) (١) لو (غلطا)(٢) في الرابع (٣).

أحد حدودها، أو (كلها) (٤) متصل بملك المدعي، هل يحتاج إلى ذكر الفاصل ؟

قيل: لا يحتاج. ولو كان متصلا بملك المدعى عليه.

وقيل: لو كان المدعي أرضاً فكذلك، وإن بيتاً، أو منزلاً، أو داراً، فلا حاجة إلى ذكر الفاصل. والجدار فاصل.

ولو شهدا أن الحد الرابع (متصل) (٥) بملك المدعي (يقبل) (٦) (ولم) (٧) يذكر الفاصل في الأراضي أيضاً. ولو ذكر الفاصل، وحكم بالمدعى هل يدخل الفاصل في الحكم ؟

(ففي) (٨) «فوائد شيخ الإسلام برهان الدين» : إشارة إلى أنه يدخل. وكذا وقعت في (الفتوى) (٩) كتب في صك الشراء، أحد حدوده دارالبائع، والفاصل جدار (رهص)(١٠)، فالجدار الفاصل لمن يكون ؟

في «فوائده» (١١) اشارة إلى أنه للمشتري، ولو كان المدعي أرضاً، وذكروا أن الفاصل شجرة لا يكفي، إذ الشجرة لا تحيط بكل المدعى (به) (١٢) ، والفاصل يجب أن يكون محيطاً بكل المدعى به حتى يصير معلوماً (١٣).

---

(١) (لا) في: ب، ج، وساقطة من أ، وفي د، هـ: كما.

(٢) (غلطا) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: غلط.

(٣) جامع الفصولين ١ :٦٦، فصول العمادي ق :٤٣، وانظر حاشية رد المحتار ٥ :٥٤٦، الخانية ٢ :٣٩١.

- ووجه القول بعدم قبول الشهادة حالة الغلط في الحد الرابع، هو انه بهذا الغلط يختلف المدعي به، فلا تكون الشهادة موافقة للدعوى. (انظر: حاشية رد المحتار ٥ :٥٤٦، الهداية وتكملة شرح فتح القدير ٨ :١٦٢).

(٤) (كلها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: كلهما.

(٥) (متصل) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: متصل.

(٦) (يقبل) في أ، ب، ج، وفي د، هـ : يفصل.

- ووجه القول بالاكتفاء بذكر ثلاثة حدود، هو وجود الأكثر، فان اقامة الاكثر مقام الكل أصل في الشرع، فيعمل به. (انظر: تكملة شرح فتح القدير ٨ :١٦٢)

(٧) (ولم) في: جميع النسخ، ولعل الصحيح: ولو لم

=

فرع:

قال في «المحيط» (١): لو جعل الحد طريق العامة، لا يشترط فيه أنه طريق القرية، أو البلدة، لأن ذكر الحد لإعلام ما ينتهي اليه الحد. وقد حصل العلم حيث انتهى الى الطريق.

وفيه (٢): الطريق يصلح حداً، ولاحاجة فيه الى بيان طوله، وعرضه إلا على قول «شمس الأئمة السرخسي» فإنه قال: يبين الطريق بالذراع.

والنهر لا يصلح حداً عند البعض، وكذا السور، وهو رواية عن "أبي حنيفة" رحمه الله. وظاهر المذهب أنه يصلح حداً، والخندق كالنهر (٣).

قال في (الفتاوى) (٤) الرشيدية»: عن أبي حنيفة رحمه الله سور المدينة والنهر، والطريق لا يصلح (حداً) (٥)، لأنه (يزيد وينقص) (٦)، وربما يخرب السور، ولا يبقى وعسى يترك السلوك في هذا الطريق، وإجراء الماء في هذا النهر، وعندهما: يصلح حداً، واختار «شمس الأئمة الأوزجندي» (٧) قولهما (٨).

---

(٨) (ففي) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: وفي

(٩) (الفتوى) في: أ، ب، وفي ج، د، هـ: الفتاوى.

(١٠) (رهص) في ، جد، د، هـ وفي أ: رهيص.

- والرهص: بالكسر العرق الأسفل من الحائط، وكذلك الطين الذي يبين به يجعل بعضه على بعض (أنظر: القاموس المحيط مادة الرهص ٢:٣٠٥).

(١١) الضمير يعود على شيخ الإسلام برهان الدين.

(١٢) (به) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٣) جامع الفصولين ١:٦٦، فصول العمادي ق:٤٣، وانظر الهندية ٤:١٠، الخانية ٢:٣٩١، البزازية ٥:٤١٦.

(١) المحيط: ٤: ق ٢٨٠

(٢) الضمير يعود على المحيط.

(٣) المحيط: ٤: ق٢٨٠، جامع الفصولين ١:٦٧، فصول العمادي ق:٤٣، ٤٤، وانظر الهندية ٤:١٠، البزازية: ٥:٤١٧.

(٤) (الفتاوى) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فتاوى.

(٥) (حداً) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: حداً عنده.

(٦) (يزيد وينقص) في: أ، د، هـ، وفي ج: لا يزيد ولا ينقص، وفي ب: يزيد وينقص، وعنهما يصلح حداً.

(٧) هو عمود بن عبد العزيز شمس الأئمة الأوزجندي، والملقب ايضاً بشمس الإسلام، وهو جد قاضي خان، نفقه على السرخسي. (أنظر: الفوائد البهية: ٢٠٩، الجواهر المضيئة ٤:١٤٣، مفتاح السعادة ٢:٢٧٨).

(٨) جامع الفصولين ١:٦٧، فصول العمادي ق:٤٤، وانظر البزازية ٥:٤١٧.

فرع:

بين حدود الدار،ولم يبين أنه كرم، أو أرض، أو دار، وشهدا كذلك.

قيل: لا تسمع الدعوى، والشهادة (١).

وقيل: تسمع لو بين المصر، والمحلة، والموضع (٢).

وقيل: ذكر المصر، والقرية، والمحلة ليس (بلازم) (٣) قاله في «الذخيرة»(٤)

مسألة:

من (الجامع في الفتاوى) (٥) : إدعى سكنى دار أو نحوه، وبين حدوده لا يصح إذ السكنى نقلي (فلا) (٦) يحد.

قال في «فتاوى رشيد الدين»: وإن كان السكن نقلياً، (لكن) (٧) لما اتصل بالأرض اتصال تأبيد كان تعريفه بما (به) (٨) تعرف الأرض، إذ في سائر النقليات إنما لا تعرف بالحدود لإمكان إحضاره فيستغني بالإشارة عن الحد. أما السكنى (فنقله) (٩) لا يمكن، لأنه (مركب) (١٠) في البناء تركيب قرار، فالتحق بما لا يمكن نقله أصلاً (١١).

---

(١) وهذا القول هو لشمس الأئمة السرخسي. (انظر: فصول العمادي ق:٤٤).

(٢) وهذا القول لشمس الإسلام الأوزجبدي، وكان يقول: أن ترك بيان المحدود لا يوجب جهالة المدعي به. (انظر: المرجع السابق).

(٣) (بلازم) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: لازم.

- وكان رشيد الدين يقول: لا بد أن يكتب بأي موضع لرتفع الجهالة (المرجع السابق).

(٤) جامع الفصولين ١ :٦٨، فصول العمالدي ق:٤٤، وانظر الهندية ٤ :١١ البزازية ٥ :٤١٩.

- وقد وضح عماد الدين في فصوله ان اختلاف أهل الشروط في البداءة اي ما يبدأ به المدعي في بيان موضع العقار المدعي به هل يبدأ من الأعم. أم الأخص. يدل على إجماعهم على ضرورة البيان (انظر: فصول العمادي ق:٤٤، جامع الفصولين ١ :٦٨).

(٥) (الجامع في الفتاوى): في: أ، ب، د، هـ، وفي ج :الجامع الفتاوي.

(٧) (لكن) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: ولكن.

(٨) (به) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: فيه.

(٩) (فنقله) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فتقله.

(١٠) (مركب) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: تركب.

(١١) انظر: المراجع السابقة.

مسألة :

الشاهد لو أخطأ في بعض الحد، ثم تدارك، وأعاد الشهادة، وأصاب، قبلت شهادته لو أمكن التوفيق. (سواء تدارك في المجلس أو في مجلس آخر، ومعنى امكان (التوفيق) (١)) (٢) أن يقول: كان صاحب الحد فلانا. إلا أنه باع داره من فلان (وما) (٣) علمنا به. أو يقول: كان صاحب الحد بهذا الاسم إلا أنه سمي (بهذا) (٤) الاسم الآخر. وما (علمنا) (٥) به، وعلى هذا القياس فافهم. أصله من "شرح الجامع".

هذا اذا ترك الشاهد أحد الحدود، أو غلط، فلو ترك المدعي أحد الحدود، أو غلط، فحكمه كالشاهد جملة. قاله في "المحيط" و "الذخيرة" (٦).

وفي "فتاوي رشيد الدين" : لو غلط الشهود في الحد الرابع، ثم ذكروا على وجه الصواب، وقالوا: هذا هو الشهادة (بالدعوى) (٧) الأولى لا تقبل للتناقض (٨).

---

(١) (التوفيق) في أ، د، هـ، وفي ب: التوافق

(٢) (سواء .. التوفيق) في: أ، ب، د، هـ، والعبارة ساقطة من جـ

(٣) (وما) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: ما

(٤) (وبهذا) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: هذا

(٥) (علمنا) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: علمت

(٦) المحيط ٤ :ق ٢٧٩، جامع الفصولين ١ :٦٩، فصول العمادي ق:٤٤. وما ذكره المصنف رحمه الله حكاية عن صاحب المحيط هو في الحقيقة نقل حكاه صاحب المحيط عن شمس الأمة السرخسي، والا فإنه قد صرح قبل هذا النقل بأسطر بعدم قبول شهادة الشاهد اذا غلط في أحد الحدود. فقد قال: "واذا غلط الشاهد في أحد الحدود لا تقبل شهادته، بخلاف ما إذا ترك أحد الحدود". (انظر: المحيط ٤ : ق٢٧٩). وقد سبق ذكر هذه المسألة في هذا الباب، مع بيان الاستدلال لها، فانظرها في موضعها.

(٧) (بالدعوى) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: بالدعوة

(٨) جامع الفصولين ١ :٦٩، فصول العمادي ق:٤٤

الباب الخامس والثلاثون
في القضاء بالإشارة، والنسب، والتعريف في الدعوى والشهادة

إعلم أن (الإشارة) (١) في مواضعها من أهم ما يحتاج إليه في الدعوى قطعاً للإحتمال، حتى (قالوا) (٢) لو كتب في المحضر، حضر فلان مجلس الحكم، وأحضر (معه فلاناً) (٣) (فادعى هذا الدعوى) (٤) لا يفتى بصحة المحضر، وينبغي أن يكتب على هذا الذي أحضره معه، لأنه بدونه يوهم أنه أحضر. وادعى على غيره. وكذا عند ذكر الخصمين في أثناء المحضر لا بد من ذكر هذا، فيكتب المدعي هذا، والمدعي عليه هذا. وكذا لو ذكر الخصمان في المحضر، أو السجل، وأشير اليهما بأن يكتب مثلاً: قضيت لمحمد هذا على أحمد هذا. لا يذكر المدعي، والمدعى عليه، (فيكتب) (٥) (وقضيت) (٦) لمحمد هذا المدعي على أحمد هذا المدعى عليه، وإذا كتب عند ذكر شهادة الشهود، (وأشاروا) (٧) الى المتداعيين هذين لا يفتى بصحته، إذ الإشارة المعتبرة هي الإشارة عند الحاجة إليها ولعلهم أشاروا الى المدعى عليه عند الحاجة (الى المدعي) (٩).

(وأشاروا) (٨) عند الحاجة إلى الاشارة إلى المدعى عليه. وذلك اشارة الى المتداعين، ولكنها غير معتبرة، فلا بد من بيان ذلك بأبلغ الوجوه (١٠).

---

(١) (الاشارة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الشهادة.
(٢) (قالوا) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: لو قالوا.
(٣) (معه فلاناً) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فلاناً معه.
(٤) (فادعى هذا الدعوى) في أ، ب، وفي ج، د، هـ فادعى هذه الدعوى. والصحيح ما في جامع الفصولين (٨٦/١) «فادعى هذا الذي حضر عليه».
(٥) (فكيتب) في أ، ب، وفي ج، د، هـ: فليكتب.
(٦) (وقضيت) في: ج، وفي أ، ب، د، هـ: قضيت.
(٧) (وأشاروا): في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: وأشار.
(٨) (وأشاروا) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين ٨٦/١: وأشاروا الى المدعي.
(٩) (الى المدعي) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.
(١٠) جامع الفصولين ١: ٨٦، فصول العمادي ق: ٣٨، وانظر المحيط ٤: ٤٩٨، الهندية ٦: ١٦٠، رسائل ابن نجيم ٢٩٦.
- وهذا الكلام هو للشيخ الزاهد نجم الدين النسفي في فتاواة.
(انظر: المحيط ٤ ق: ٤٩٨).

وعن هذا قالوا: (لو) (١) كتب في صك الإجارة الطويلة آجر فلان من فلان أرضه بعدما جرت المبايعة الصحيحة بينهما في الأشجار (والزراجين) (٢) التي في هذه الأرض لا يفتى بصحة الصك. وكذا لو (كتب) (٣) بين المتعاقدين مكان(٤) بينهما لا يفتى بصحة الصك، لجواز أن الأشجار كانت للمستأجر باعها من المؤجر ثم استأجر الأرض، وعلى هذا التقدير لا تصح إجارة الأرض. وهذه إجارة الأرض (بعدما) (٥) جرت المبايعة الصحيحة في الأشجار، بينهما كما كتب في الصورة الأولى، وبعدما جرت بين المتعاقدين كما كتب في الصورة الثانية، لأنهما متعاقدان، وينبغي أن يكتب آجر الأرض منه بعدما باع المؤجر الأشجار منه. أنظر: «دقائق الإعراب». و«الخلاصة». (٦)

---

(١) (لو) في : د، هـ، وفي أ، ب، ج، ولو.

(٢) (والزراجين) في : أ، ج، وفي ب: الزراجن، وفي د، هـ: الدارجين.

* الزراجين مفردها زرجون وهي فارسية معربة أي لون الذهب، وتطلق على الكرم، شجر العنب وكذلك على القضيب يغرس من قضبان العنب، والمعنيان محتملان هنا (انظر: لسان العرب: ١٣ :١٩٦ وما بعدها).

(٣) كتب) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: ذكر.

(٤) مكان في جميع النسخ،ولعل الصحيح (ما كان) لمناسة السياق.

(٥) (بعدما) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: وبعدما.

(٦) جامع الفصولين ١ :٨٦، فصول العمادي ق: ٣٨، المحيط ٤ :٤٩٨، وانظر الهندية ٦ :١٦٠.

مسألة:

برهن أنه وارث فلان الميت، لا يحكم بوراثته، ما لم يبينوا سبب الوراثة (ولو)(١) أقام بينة، (وشهدوا) (٢) أن قاضي بلد كذا، أشهدنا على حكمه أن هذا وارث فلان الميت، لا وارث له غيره، وقالوا: لا ندري بأي سبب حكم. فالقاضي الثاني يجعله وارثاً، لأن حكم القاضي محمول على الصحة، وموافقة الشرع (٣).

وكذا في السجل وكتاب القاضي. ولو كتب السجل موجزاً، ثبت عندي من الوجه الذي تثبت به الحوادث الشرعية، والنوازل الحكمية، لا يفتي بصحة السجل ما لم يبين الأمر على وجهه، وقيل: يفتي بصحته. (٤)

قالوا: وكذا لا يكتفي بقوله، وشهدا الشهود على موافقة الدعوى. (٥)

---

(١) (ولو) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لو.

(٢) (شهدوا) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: شهد.

(٣) جامع الفصولين ١:٨٦، فصول العمادي ق:٣٨، وانظر شرح فتح القدير ٧:٤٦١.

- قال في شرح فتح القدير ٧:٤٦١، نقلاً عن الزيادات: «شهدا أن قاضي بلد كذا فلان بن فلان، قضى بأن هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره، فالقاضي يحتاط ويسأل المدعي عن نسبه، فإن لم يبين أمضى القضاء الأول لعدم المنازع في الحال، فإن جاء آخر وبين أنه وارثه، فإن كان أقرب من الأول قضى للثاني، وإن كان أبعد منه لا يلتفت اليه، وإن زاحمه بأن كان مثلاً الأول، إبناً، والثاني أباً، قضى بالميراث بينهما، على قدر حقهما، لإمكان العمل بهما».

(٤) جامع الفصولين ١:٨٦، فصول العمادي ق:٣٨، حاشية خير الدين الرملي علي جامع الفصولين ١:٨٦، رسائل ابن نجيم :٢٩٦.

(٥) انظر: المراجع السابقة

وذكر «الإمام النسفي» في نسخته: (حكاية) (١) «شمس الأئمة الحلواني» (٢) مع قاضي (عنبسة) (٣) ورده المحاضر والسجلات بهذا. (٤)

ونقل عن (شمس الإسلام) (٥) أنه كان يقول: كيف يكتفي بقوله وشهدوا على موافقة الدعوى. والمدعي (يقول) (٦) المدعى به (ملكي) (٧). والشاهد يقول: المدعى به ملك المدعي، فلا يكون بينهما موافقة. قال: والمختار في هذا الباب أن يكتفي به في السجلات دون المحاضر. لأن السجل يرد من مصر آخر، فلا يكون في التدارك (حرج)(٨)، أما في المحاضر فيمكن التدارك. من«الخلاصة» (٩)

قالوا: يكتب في محضر الدعوى شهدوا عقيب دعوى المدعى،وكذا يكتب، (وعقيب) (١٠) الجواب بالإنكار من المدعي عليه، كيلا يظن أنهم شهدوا قبل الدعوى، او على الخصم المقر. إذ الشهادة على المقر لا (تسمع) (١١) إلا في مواضع معدودة.(١٢)

---

(١) (حكاية) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: عن حكاية.

(٢) هو عبد العزيز بن نصر بن صالح الحلواني البخاري الملقب بشمس الأئمة، كان إمام الحنفية في وقته ببخارى، تفقه على النسفي، وابي حفص الصغير، وغيرهم وتفقه عليه جماعة منهم شمي الأمة السرخسي. له من التصانيف: البسيط من علم الشروط، وشرح أدب القاضي لابي يوسف، وشرح الحيل للخصاف وغيرها. كانت وفاته سنة ثمان أو تسع وأربعين وأربعمائة. بكش ثم نقل الى بخارى ودفن فيها.

(أنظر: تاج التراجم: ٣٥، الفوائد البهية: ٩٥، الجواهر المضيئة: ٢ :٤٢٩، هدية العارفين ١ :٥٧٧).

(٣) (عنبسة) في أ، ب، ج، وفي د، هـ: غليسة.

- وقاضي عنبسة هو قاضٍ استقضي ببخارى أيام شمس الأئمة الحلواني وكان إماماً كاملاً وكان يكتب المحاضر، ويستفتي عن صحتها الحلواني. (أنظر رسائل ابن نجيم ٢٩٧).

(٤) أنظر: رسائل ابن نجيم: ٢٩٧، حاشية خير الدين الرملي على جامع الفصولين ١ :٨٦,٨.

- وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بفساد محاضر قاضي عنبسة.

لإجمال الشهادة فيها، وعدم تفسيرها، وذلك بقوله فيها: شهودا وفق الدعوى. (أنظر المرجعين السابقين).

(٥) (شمس الإسلام) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: شمس الأئمة.

- وهو محمود الأوزجندي جد قاضي خان، فهو الملقب بهذين اللقبين.

وقد سبقت الترجمة له.

(٦) (يقول) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يقوي.

(٧) (ملكي) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٨) (حرج) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

=

مسألة:

قال في «الفتاوى الرشيدية»: لو أخبرت امرأة أنها فلانة بنت (فلان) (١) لا يحل للشاهد أن يشهد باسمها، ونسبها، لأن تعريف المرأة الواحدة، والرجل لا يكفي. ولو عرفها رجلان، وقالا: نشهد أنها فلانة بنت فلان بن فلان حل له الشهادة (وفاقاً، لأن في لفظ) (٢) الشهادة من التأكيد ما ليس في لفظ الخبر، لأنه يمين بالله معنى. ولو كان بلفظ الخبر إنما يجوز عند "أبي حنيفة": لو أخبره جماعة لا يتصور (تواطؤهم) (٣) على الكذب، وعندهما: لو أخبره عدلان أنها بنت فلان بن فلان يحل له الشهادة على النسب، ويصح تعريف من يصح شاهداً لها، سواء كانت الشهادة (لها) (٤)، أو عليها. وقيل: لا يصح فيما لها. واختار «النسفي» الأول، لأن هذا خبر لا شهادة، وكذا (لم)(٥) يشترط لفظ الشهادة. وفي الخبر الحاجة الى من (يوثق)(٦) به كذا في «المحيط»(٧).

=

(٩) انظر: المراجع السابقة، فصول العمادي ق: ٣٨، جامع الفصولين ١:٨٦ .

- وفيها أن كتاب القاضي إلى القاضي ملحق بالسجل، فتجوز فيه الشهادة مجملة لا مفسرة.

- وقد ذكر خير الدين الرملي في حاشيته على جامع الفصولين ١:٨٦ قولاً ثالثاً.

قال: «وفي الفتاوى السراجية: إذ اذكر في السجلات الشهود شهودا على موافقة الدعوى لم يصح إلا إذا كان القاضي عالماً عاملاً. انتهى أقول: وهذا القول بالتفصيل ثالث الأقوال كما لا يخفى».

(١٠) (وعقيب) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د، :عقيب.

(١١) (تسمع) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: تقبل.

(١٢) جامع الفصولين ١:٨٧، فصول العمادي ق:٣٨، وانظر الهندية ٦:١٦٠.

(١) (فلان) في: ب، ج، د، هـ، ،وفي أ: فلانة.

(٢) (لأن في لفظ) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٣) (تواطؤهم) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: تواطيهم.

(٤) (لها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لهما.

(٥) (لم) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: لا.

(٦) (يوثق) في: المحيط ٤:ق ٢٣١، وفي أ، ب، ج، د، هـ: يثق.

(٧) المحيط ٤: ق ٢٣١، جامع الفصولين ١:٨٩، فصول العمادي ق:٣٩.

- قد سبق ذكر المسألة في الباب الرابع عشر (في القضاء بشهادة السماع) فانظرها في موضعها.

- والفتوى في المذهب على قول الصاحبين رحمهما الله .(أنظر: ٥: ٤٦٨).

فرع:

ذكر «رشيد الدين»: وتعريف الأب، والابن، والزوج، (يجوز) (١) (إذ) (٢) شهادة هؤلاء عليها معتبرة، فصح التعريف أيضاً لعدم التهمة بخلاف التعديل. فإن التعديل شهادة، والتعريف لا.

قال في «الجامع في الفتاوى»: تعريفها أن يشهد (على معرفتها عدلان) (٣) وهل تصح الشهادة على المرأة المنتقبة؟

بعض مشايخنا قالوا: يصح عند التعريف، وقد مرت هذه المسألة في «فصل ما ينبغي للشاهد أن يتنبه (له) (٤) في تحمل الشهادة» (٥).

وعن «إبن مقاتل» (٦): لو سمع إقرار امرأة من وراء الحجاب، وشهد اثنان أنها فلانة، (وذكر) (٧) نسبها لم يجز أن يشهد عليها. أطلق الجواب اطلاقاً.

وقال «ابو الليث»: لم يجز أن يشهد عليها إلا إذا رأى (شخصها) (٨) حال اقرارها فحينئذ يجوز أن يشهد على اقرارها بشرط رؤية (شخصها لا رؤية) (٩) وجهها. (١٠)

---

(١) (يجوز) في: ج، د، هـ، وفي: أ، ب: بجواز.

(٢) (إذ) في د، هـ، وساقطة من أ، ب، ج.

(٣) (على معرفتها عدلان) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: عدلان على معرفتها.

(٤) (له) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٥) أنظر هذا الفصل في القسم الأول من الكتاب: ٤٣٨، وهو رسالة ماجستير قدمها محمد عبد الجواد النتشة باشراف الأستاذ الدكتور ياسين دراركة.

(٦) هو محمد بن مقاتل الرازي، من أصحاب محمد بن الحسن الشيباني.
قال الذهبي: حدث عن وكيع، وهو من طبقته (انظر: الفوائد البهية: ٢٠١).

(٧) (وذكر): في: أ، ج، د، هـ وفي ب: وذكره والصحيح ما في جامع الفصولين (١/ ٨٩): وذكر.

(٨) (شخصها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: شخصا.

(٩) (شخصها لا رؤية) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٠) جامع الفصولين: ١: ٨٩، فصول العمادي ق: ٣٩، وانظر: حاشية رد المحتاره: ٤٦٨، لسان الحكام ١: ٢٢٣، الهندية ٣: ٤٥٣، شرح فتح القدير ٧: ٣٨٦.

مسألة :

(حسرت)(١) عن وجهها وقالت: أنا فلانة بنت فلان بن فلان وهبت لزوجي مهري، فلا يحتاج الشهود الى شهادة عدلين أنها فلانة بنت فلان ما دامت حية، إذ يمكن للشاهد أن يشير إليها، فإن ماتت فحينئذ يحتاج الشهود الى شهادة عدلين بنسبها أنظر (الى) (٢) "الجامع الصغير"(٣) (٤).

(١) (حسرت) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: جرت.

(٢) (الى) في: أ، وساقطة من ب، ج، د، هـ.

(٣) الجامع الصغير في جميع النسخ والصيح ما جاء في فصول العمادي ق:٣٩، وجامع الفصولين ١ :٨٩، (الجامع الأصغر).

- وهو الجامع الأصغر في الفروع للشيخ الإمام الزاهد محمد بن الوليد السمرقندي الحنفي. (أنظر: كشف الظنون ١ :٥٣٥).

(٤) جامع الفصولين ١ :٨٩، فصول العمادي ق:٣٩، وانظر حاشية رد المحتاره:٤٦٨ .

الباب السادس والثلاثون

في القضاء بأحكام الشيوع، ومسائله

إعلم أن الشائع (١) (ينقسم) (٢) (الى) (٣) قسمين: شائع يحتمل القسمة كنصف الدار ونصف البيت الكبير، وشائع لا يحتملها كنصف قن، (ورحى) (٤) و(حمام) (٥) وثوب، وبيت صغير، (والفاصل) (٦) بينهما حرف واحد، وهو أن القاضي لو أجبر أحد الشريكين على القسمة بطلب الآخر فهو من القسم الأول. ولو لم يجبر فهو من الثاني. إذ (الجبر) (٧) آية القبول. (٨)

وأمهات مسائل الشيوع سبع: بيع الشائع، واجارته، واعارته، ورهنه، وهبته، وصدقته، ووقفه. (٩)

أما بيعه فقسمان: (يحتمل) (١٠) القسمة، أو ، لا. وكل قسم على وجهين: إما أن باع من أجنبي، أو من شريكه، فالوجه الأول: وهو البيع من أجنبي على صنفين: إما أن كان (الكل) (١١) له، فباع نصفه، أو كان بين اثنين فباع أحدهما نصيبه، فالبيع جائز في المواضع كلها (١٢)، أنظر«التجنيس» (١٣)

---

(١) الشائع أو المشاع: هو غير المقسوم. (انظر: مختار الصحاح: ٣٥٣)

(٢) (ينقسم) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بنفسه.

(٣) (الى) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٤) (ورحى) في: أ، ب، ج، ،في د، هـ: رحا.

- والرحى مقصور: الطاحون. (انظر: المصباح المنير ١ :٢٢٣).

(٥) (وحمام) في أ،ب، ج، وفي د، هـ: وحمار.

(٦) (والفاصل) في ب، وفي أ، ج، د، هـ: ففاصل.

(٧) (الجبر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الجر.

- ومعنى قوله: (الجبر آية القبول) هو أن الجبر على الفعل في محل آية قبول المحل لذلك الفعل. (انظر: فصول العمادي ق: ١٣٥).

=

مسألة:

نخل بينهما وعليه ثمر، أو أرض بينهما وفيها زرع، فباع أحدهما حظه من الكل ينبغي أن يجوز، إذ المشتري لا يجبر على القطع لقيامه مقام البائع. أنظر «الواقعات» (١).

فرع:

دار بينهما (باع) (٢) أحدهما بناءها من أجنبي لم يجز، إذ لا يخلو إما ان باعه بشرط الترك، أو بشرط القلع. أما الأول: فلا يجوز إذ فيه شرط منفعة للمشتري سوى البيع، فصار بمنزلة اجارة في بيع، وأما الثاني: لضرر فيه (لشريكه) (٣). وكذا لو إدعى رجل على أحدهما شيئاً، فصالحه على نصف هذا البناء، او على نصف هذا الزرع المشترك لم يجز. (٤)

---

(٨) جامع الفصولين ٢:٥٩، ٦٠، فصول العمادي ق:١٣٥، وانظر: الهداية والعناية وتكملة شرح فتح القدير ٩:٤٣٧، حاشية رد المحتار ٦: ٢٦١، حاشية الدرر على الغرر ٢:٣٤٩.

- والأصل ان الجبر في القسمة إنما يكون عند انتفاء الضرر عنها، بأن يبقى نصيب كل منهما بعد القسمة منتفعاً به انتفاع ذلك الجنس لأنه لا يحصل الجبر علي القسمة إلا في الجنس الواحد. وفي قسمة البئر، والحمام، والرحى ضرر لهما او لأحدهما. فلا يقسم إلا بالتراضي.

(انظر: العناية ٩:٤٣٧)

- وجبر الآبي على القسمة هو من باب تمام قطع المنازعة بين الشريكين، وهو أمر واجب على القضاء. (انظر: حاشية الدرر على الغرر ٢:٣٩٤).

(٩) جامع الفصولين ٢:٦٠، فصول العمادي ق:١٣٥.

(١٠) (يحتمل) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: قسم يحتمل.

(١١) (الكل) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: لكل.

(١٢) المرجعين السابقين.

- ووجه القول بجواز صور البيع التي ذكرها المصنف رحمه الله ما هو مقرر في مذهب الحنفية من ثبوت حق الشفعة للشريك، فالخليط، فالجار وعليه فضرر البيع منتف عن الشريك. والله تعالى اعلم. (انظر: الهداية والعناية وتكملة شرح فتح القدير ٩:٣٧٤ وما بعدها).

(١٣) - هذا وقد نسبت هذه المسائل في كتابي جامع الفصولين ١:٦٠. فصول العمادي ق:١٣٥، الى الصدر الشهيد في كتابه البيوع، وليس الى التجنيس.

(١) جامع الفصولين ٢:٦٠، فصول العمادي ق:١٣٥، وانظر الهندية ٣:١٥٥.

(٢) (باع) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: فباع.

(٣) (لشريكه) في: أ، وفي ب: شريكه، وفي ج، د، هـ: بشريكه.

(٤) جامع الفصولين ٢:٦٠، فصول العمادي ق:١٣٥، وانظر الهندية ٣:١٥٦.

مسألة: (١)

باع بناءً (بلا) (٢) أرض، على أن يترك المشترى البناء فسد البيع.

ولو أن بينهما (بئراً) (٣)، (أو ارضاً) (٤) باع أحدهما حظه من البئر من غير شريكه من غير أن يكون له طريق في الأرض جاز. لا لو باعه على أن يكون للمشتري طريق في الأرض. ذكره في «الفتاوى الصغرى» (٥).

فرع:

لو باع أحدهما حظه من بيت معين من الدار، فللآخر إبطال بيعه من «شرح الطحاوي»/ (٦).

فصل:

قال في «المحيط» (٧): دار بينهما، فباع أحدهما نصف بيت معين منها شائعاً لم يجز عند "أبي حنيفة"، (لتضرر) (٨) شريكه في (تقطيعه) (٩) نصيبه عليه (عند) (١٠) القسمة. قال: أرأيت لو باع نصف كل (بيت منها) (١١) لم ينقطع نصيب شريكه. قال: وكذا الأرض.

وإن بينهما عشرة ثيات هروية مما يقسم، فباع أحدهما نصف ثوب بعينه من رجل، فإن "أبا حنيفة" جوزه، وكذا الغنم، وهذا لا يشبه الدار الواحدة.

وقال "أبو يوسف": وينبغي أن يكون هذا ولادار سواء في قوله. الا يرى أنه لو باع من كل شاه نصفها من رجل على حدة لم يستطع شريكه أن يجمع له نصيبه فيها، (فتضرر، وانقطع نصيبه، فكيف) (١٢) يختلفان؟

ولو كان بينهما أرض ونخل، (وباع) (١٣) أحدهما نصف نخلة (معينة) (١٤) بأصلها من رجل لم (يجز) (١٥) عند "أبي حنيفة" رحمه الله (كبيت مرّ)(١٦).

ولو باع أحدهما نصف الأرض، واستثنى نصف النخل بأصله فهذا مثل ذلك عند "أبي حنيفة" رحمه الله، وكذا لو باع نصف الدار شائعاً إلا بيتاً معيناً منها لم يدخل في البيع.

قال "أبو يوسف" رحمه الله: وأنا أرى كل هذا جائزاً لا (أنقض) (١٧) بيعاً لقسمة لا يدري تقع. ام لا. ولعلها لو وقعت لا يدخل في القسمة ضرر من هذا البيع.

ولو باع أحد الورثة شيئاً من التركة، فلو باع نصيبه من كل شيء، والمشتري يعلم نصيبه جاز، ولو باع شيئاً معيناً لم يجز البيع لإحتمال أن لا يقع هذا في نصيبه، ،معنى قوله: لم يجز البيع في ذلك الشيء، أما في نصيبه فيجوز، والله أعلم (بما هو الصواب) (١٨) من هذه الروايات.

---

(١) (مسألة) في: أ، د، هـ ،وفي ب، ج: فرع.
(٢) (بلا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: على
(٣) (بئراً) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: شبراً.
(٤) (او ارضاً) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: وارضاً.
(٥) جامع الفصولين ٢:٦٠، فصول العمادي ق:١٣٥، وانظر الهندية: ٣:١٥٥، البزازية ٥:٣٩٢.
(٦) المراجع السابقة، وانظر: الهندية ٣:١٣٠.
(٧) المحيط ٣: ق ٢٩١، جامع الفصولين ٢: ٦٠-٦١، فصول العمادي ق:١٣٥.
(٨) (لتضرر) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: لضرر.
(٩) (تقطيعه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: تعطيله.
(١٠) (عند) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: عنه.
(١١) (بيت منها) في أ، د، هـ، وفي ب: بينها، وفي ج: بيت منهما.
(١٢) (فتضرر.....فكيف) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(١٣) (وباع) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: باع.
(١٤) (معينة) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: بعينه.
(١٥) (يجز) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يحل.
(١٦) (كبيت مر) في: أ، ج، وفي ب: وكذا لو باع لبيت بر، وفي د، هـ: كما مر.
(١٧) (انقض) في : أ، د، هـ، وفي ب: ينتقض، وفي ج: القبض.
(١٨) (بما هوالصواب) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: بالصواب.

مسألة :

قنّ بينهما، وليسا شريكين في الأشياء، وكل أحدهما صاحبه ببيع حظه من القن، فباع المأمور نصفه، ولم يبين أي النصفين هو فمات القن بعد تسليمه، فقال البائع: بعت حظي صدق. من «الفتاوى الظهيرية». (١)

مسألة : (٢)

(قال) (٣) "قاضيخان" (٤): (دار له) (٥)، فباع رجل نصف بنائها (بلا أرض) (٦) لم يجز، ولو باع سهماً واحداً شائعاً بحدود هذا السهم.

قال «النسفي» (٧) قال: مشايخنا: بأنه يوجب الفساد، إذ يوهم (الإفراز) (٨) (فالمفرز) (٩) يكون له الحدود، (وأما) (١٠) الشائع فلا. والصحيح عندي: أنه لا يفسد.

---

(١) جامع الفصولين ٢:٦١، فصول العمادي ق:١٣٦.
(٢) (مسألة) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: فصل.
(٣) (قال) في ج، د، هـ، وساقطة من أ، ب.
(٤) الفتاوى الخانية ٣:١٤٦، المراجع السابقة.
(٥) (دار له) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: له دار.
(٦) (بلا ارض) في: جامع الفصولين ٢:٦١، وفي أ، ب، ج، د، هـ: بالأرض.
(٧) جامع الفصولين ٢:٦١، فصول العمادي ق:١٣٦.
(٨) (الإفراز) في أ، د، هـ، وفي ب، ج: الإقرار.
(٩) (فالمفرز) في أ، د، هـ، وفي ب، ج: فالمقر.
(١٠) (وأما) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: أما.

وأما إجارة (المشاع) (١) فلا فرق عند "أبي حنيفة" بين ما يحتمل القسمة، ومالا يحتملها، (فجواب) (٢) الكل واحد عنده(٣).

ثم لو آجر أحد الشريكين نصيبه من شريكه جاز بالاجماع في ظاهر الرواية عن "أبي حنيفة" رحمه الله، وروى عنه: انه لم يجز، وسواء آجر كل نصيبه من شريكه، أو بعضه (٤)ولو آجر نصيبه من أجنبي جاز عند "أبي حنيفة" في رواية لا في رواية.

ولو كان كله لرجل فآجر نصفه من أجنبي فعند "أبي حنيفة" رحمه الله لا يجوز. وعندها يجوز، ثم عند "أبي حنيفة"، قيل: لا ينعقد حتى لا يجب الأجر اصلاً، وقيل: ينعقد فاسداً، فيجب أجر المثل، وهو الصحيح. (ولو وكله) (٥) فآجره من اثنين، فإن أجمل وقال: أجرت الدار منكما، جاز بالإتفاق. ولو فصل بقوله: نصفه منك، ونصفه منك، أو نحوه كثلث، وربع، يجب أن يكون عند "أبي حنيفة" على اختلاف (مرّ) (٦)، فيما إذا كان وآجر أحدهما النصف من أجنبي ينبغي أن يجوز في رواية لا في رواية. والشيوع الطارىء لا يفسد الإجارة في ظاهر الرواية عند "أبي حنيفة"، ويفسدها في رواية عنه. كذا (قاله) (٧) «الصدر الشهيد» (٨) (٩)

---

(١) (المشاع) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الشائع.

(٢) (فجواب) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بجواب.

(٣) جامع الفصولين ٢:٦١، فصول العمادي ق: ١٣٦، وانظر: المبسوط : ١٥: ١٤٥، ١٤٦، الخانية ٢:٣٢١.

- واما قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله، فهو أن إجارة المشاع جائزة على كل حال. وان المؤجر، والمستأجر يتهايأن فيه - اي في العين المؤجرة- والفتوى في المذهب على قول الامام أبي حنيفة رحمه الله (انظر: الخانية ٢:٣٢١).

- ووجه قول الامام ابي حنيفة: ان المؤجر التزم بعقد المعاوضة تسليم مالا يقدر على تسليمه، فلا يجوز كما لو باع الأبق، او اجره، وذلك لأن عقد الإجارة يرد على المنفعة، وتسليم المنفعة يكون باستيفاء المستاجر، ولا يتحقق استيفاء المنفعة من النصف شائعاً، إنما يتحقق من جزء معين، فانهما -اي المؤجر والمستاجر- ان تهايأ على المكان فإنما يسكن كل واحد منهما ناحية بعينها، وإن تهايأ على الزمان، فانما يسكن كل واحد منهما جميع الدار مثلاً في بعض المدة، فعرفنا أن استيفاء المنفعة في الجزء الشائع لا يتحقق، فكان المؤجر باضافة العقد الي جزء شائع ملتزماً تسليم ما لا يقدر على تسليمه. (انظر: المبسوط ١٥:١٤٥).

- وأما وجه وقل الصاحبين: فهو أن الإجارة عقد معاوضة مال بمال فتلزم في المشاع كالبيع، وذلك لان موجب الإجارة ملك المنفعة، وللجزء الشائع منفعة والدليل عليه: انه لو أعار نصف داره من انسان جاز ذلك ، وتاثير الشيوع في المنع في عقد التبرع أكثر منه في المنع في المعاوضة، فإذا جاز تمليك منفعة بنصف الدار بطريق التبرع، فبطرية المعاوضة اولى. (المبسوط ١٥:١٤٥).

....

---

(٤) المراجع السابقة.

- ووجه رواية ظاهر الرواية القائلة بجواز الإجارة هو لأن استيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتأتي هنا، فإنه يسكن جميع الدار فيصير مستوفياً منفعة نصيبه بملكه، ومنفعة المستأجر بحكم الإجارة (انظر: المبسوط ١٥: ١٤٦).
- وأما وجه الرواية عن أبي حنيفة فهو المنفعة التي يتناولها عقد الإجارة لا تتأتى إلا بغيرها، وهي منفعة نصيبة، وذلك مفسد لعقد الإجارة (المرجع السابق).

(٥) (ولو وكله) في أ، ب، ج، هـ، وفي د: ولو وكه، والصحيح ما في جامع الفصولين (٢: ٦٢) «ولو له كله».

(٦) (مرّ) في: أ، د، هـ وساقطة من ب، ج.

(٧) (قاله) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: قال.

(٨) هو عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازة، برهان الأئمة، أبو محمد المعروف بالصدر الشهيد. إمام في الفروع والأصول، تفقه على أبيه برهان الدين الكبير عبد العزيز، وذكره صاحب الهداية في معجم شيوخه، له من التصانيف: ثلاثة شروح على الجامع الصغير، والفتاوى الكبرى، والفتاوى الصغرى، وشرح أدب القاضي للخصاف، رزقه الله الشهادة على يدالكفار في معركة قطوان بسمرقند، ونقل جسده الى بخارى فدفن بها، وكان ذلك سنة (٥٣٦ هـ). (انظر: الفوائد البهية: ١٤٩، الجواهر المضيئة ٢: ٦٤٩، تاج التراجم: ٤٦، سير اعلام النبلاء ٥: ٥١).

(٩) جامع الفصولين: ٢: ٦١، فصول العمادي ق: ١٣٦، وانظر المبسوط: ١٥: ١٤٥ وما بعدها، الخانية: ٢: ٣٢١.

فصل

ايداع المشاع جائز (١)، وقرض المشاع جائز بالإجماع. أنظر «الهداية» (٢)

مسألة:

قال في «العيون» (٣) مضاربة المشاع لم تجز (٤)، وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة من شريكه تجوز ومن غيره، وفيما يحتملها لم تجز لا من شريكه، ولا من (اجنبي) (٥). (وطرو) (٦) الشيوع (٧) لا يفسد الهبة بالإتفاق (٨) . ولو وهب الكل من (اثنين) (٩)، فإن أجمل (بأن قال) (١٠): وهبته منكما لم يجز عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما: يجوز(١١). ولو فصل بالتنصيف فهو على الخلاف (١٢)، ولو بالتثليث يجوز عند محمد لا عندهما (١٣).

---

(١) جامع الفصولين ٢:٦٢، فصول العمادي ق:١٣٦.

- ومسألة جواز ايداع المشاع نسبت في المرجعين السابقين الى الفتاوى الظهيرية، وليس الى الهداية. وقد ذكر في الهداية فروعاً مفادها القول بجواز ايداع المشاع. (انظر: الهداية وتكملة شرح فتح القدير ٨:٤٩٢).

(٢) جامع الفصولين ٢:٦٢، وانظر: الهداية وتكملة شرح فتح القدير ٩:٢٨، الفتاوى البزازية ٦:٥٤).

(٣) وهو كتاب عيون المختلف لابن النصر محمد بن مهروية الحنفي، وهو مجهول سنة الوفاة. (انظر: كشف الظنون ٢:١٧٨). وقد وهم صاحب جامع الفصولين حيث نسب المسألة الى كتاب عيون المسائل لابي الليث المسرقندي، والصحيح نسبتها الى كتاب عيون المختلف، كما صرح بذلك عماد الدين في فصوله.

(٤) جامع الفصولين ٢:٦٢، فصول العمادي ق:١٣٦.

- وقد ذهب صاحب الفتاوى البزازية الى القول بجواز مضاربة المشاع.

(انظر: الفتاوى البزازية ٦:٥٤، حاشية خير الدين الرملي على جامع الفصولين ٢:٦٢).

(٥) اجنبي في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: غيره.

- جامع الفصولين ٢:٦٢، فصول العمادي ق:١٣٦، وانظر: البدائع ٦:١١٩، وما بعدها، الهداية والعناية وتكملة شرح فتح القدير ٩:٢٧ وما بعدها).

- ووجه القول بعدم جواز هبة المشاع الذي يقسم، وبالجواز فيما يقبل القسمة هو ان القبض شرط في عقد الهبة، والشيوع يمنع من القبض، لأن معنى القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض، والتصرف في النصف الشائع وحده لا يتصور فإن لبس نصف الثوب مثلاً شائعاً محال، ولا يتمكن من التصرف بالتصرف بالكل، لأن العقد لم يتناول الكل. وهذا المعنى موجود فيما يقسم، وما لا يقسم، لكن قيل بالجواز فيما لا يقسم لمساس الضرورة لان =

فصل

رهن المشاع لم يجز من شريكه، ولا من (غيره) (١) احتمل القسمة أولا (٢).

وطرو الشيوع. (كقران) (٣) وطروه بأن باع (العدل) (٤) بعض الرهن وقد كان وكيلاً ببيعه مجتمعاً، (ومتفرقاً) (٥) بطل الرهن في الباقي، أو كان قلباً (فانكسر) (٦) ضمن نصفه فيصير له، فبطل الرهن، كذا (نقل عن) (٧) "الايضاح" (٨).

(فرع) (٩)

رهنا عيناً عند رجلين جاز إذ لا شيوع في الدين، إلا إذا قال كل منهما: رهنتك بحقك فحينئذ لا يجوز (١٠) كذا في «خزانة الفتاوى» (١١).

=

الانسان يحتاج الى الهبة. ولا حكم للهبة بدون القبض، والشياع من القبض الممكن للتصرف، ولا سبيل الى ازالة المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة، فمست الضرورة الى الجواز، واقامة صورة التخليّه مقام القبض الممكن من التصرف، واما فيما يقسم فلا ضرورة، لأن المحل محتمل للقسمة، فيمكن ازالة المانع من القبض الممكن بالقسمة (انظر: البدائع ٦ :١٢٠).

(٦) (وطرو) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فطرد.

(٧) طرو الشيوع هو الشيوع الطارئ على الهبة (أنظر: فصول العمادي ق:١٣٦).

(٨) جامع الفصولين ٢ :٦٢، فصول العمادي ق:١٣٦.

(٩) (اثنين) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: ثنين.

(١٠) (بأن قال) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: وقال.

(١١) المرجعين السابقين، وانظر: البدائع ٦ :١٢١، تحفة الفقهاء ٣ :٢٥٩، الهداية والعناية ٩٠ :٣٧.

- ووجه الفرق بين ابي حنيفة وصاحبه رحمهم الله هو أن أبا حنيفة يعتبر الشيوع عند القبض وهما يعتبرانه وقت العقدوالقبض جميعاً فلم يجوز أبو حنيفة هبة الواحد من اثنين لوجود الشياع، وقت القبض، وهما جوزاه، لأنه لم يوجد الشياع في الحالين، بل وجد أحدهما دون الآخر. (البدائع ٦ :١٢١ وما بعدها).

(١٢) المراجع السابقة.

(١٣) المراجع السابقة.

- ومعنى التثليث الوارد في المسألة هو أن يقول الواهب: وهبت لكما هذه الدار، لهذا ثلثها، ولهذا ثلثاها. (تحفة الفقهاء ٣ :٢٦٠).

(١) (غيره) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: خيره.

(٢) جامع الفصولين ٢ :٦٤، فصول العمادي ق:١٣٧، وانظر: الهداية والعناية وتكملة شرح فتح القدير ١٠ : ١٥٢، ١٥٤، تحفة الفقهاء ٣ :٥١، البدائع ٦ :١٣٨.

=

....

=

- ووجه القول بعدم جواز رهن المشاع هو :أن قبض النصف الشائع المرهون لا يتصور، والنصف الاخر ليس بمرهون فلا يصح قبضه، وسواء كان مشاعاً يحتمل القسمة، او لا يحتملها، لان الشيوع يمنع تحقق قبض الشائع في النوعين جميعاً بخلاف الهبة - كما مرسابقاً- (البدائع ٦ :١٣٨).

(٣) (كقران) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: كقران به.

- والمقصود بالعبارة هو أن الشيوع الطارئ على العقد كالمقارن له ابتداءً.

(٤) (والعدل) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: بعض العدل.

- والعدل هو ذلك الشخص الذي اتفق الراهن والمرتهن على وضع العين المرهونة عنده، ويكون نائباً عن المرتهن، حتى لو هلك الرهن على يديه يسقط دين المرتهن. (أنظر: الهندية ٥ :٤٤٠).

(٥) (متفرقاً) في: ب، ج، د، هـ،وفي أ: ومفترقاً.

(٦) (فانكسر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فانكر.

(٧) (نقل عن) في: أ، وفي ب، ج: كذا في ، وفي د، هـ، كذا عن.

(٨) المراجع السابقة في الحاشية رقم (١).

- والشيوع الطارئ مبطل للرهن في ظاهر الرواية كالمقارن له، لأن المانع في المقارن، كون الشيوع مانعاً عن تحقق القبض في النصف الشائع، وهذا المعنى موجود في الطارئ فيمنع البقاء على الصحة وقد روي عن أبي يوسف في غير ظاهر الرواية: أن الشيوع الطارى على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة، وذلك لأن حال البقاء لا يقاس على حال الابتداء، لأن البقاء أسهل من حكم الإبتداء لهذا فرق الشرع بين الطارئ ، والمقارن في كثير من الأحكام كالعدة الطارئة، والاباق الطارئ، ونحو ذلك، فكون الحيازة شرطاً في ابتداء العقد، لا يدل على كونها شرطا في البقاء على الصحة. (أنظر: البدائع ٦ :١٣٨)

(٩) (فرع) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٠) جامع الفصولين ٢ :٦٤ ، فصول العمادي ق:١٣٧.

(١١) (الفتاوى) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: الفتوى.

- وخزانة الفتاوى: لأحمد بن محمد بن أبي بكر الحنفي صاحب مجمع الفتاوى. (أنظر: كشف الظنون ١ :٧٠٣).

- وقد نسبت هذه المسألة في المرجعين السابقين الى فتاوى علاء الدين الديناري، والمتوفي سنة (٢٩٠هـ). (أنظر: الفوائد البهية ، ١٠١)

ولم تنسب الى خزانة الفتاوى، وأظن ذلك وهماً من المصنف رحمه الله، والله تعالى أعلم بالصواب.

مسألة:

قال في «الهداية»(١) : لم يجز رهن ثمر على نخيل، ولا زرع، أو نخل في الأرض دونها، لإتصال الرهن (بغيره) (٢) (خلقة) (٣)، فصار (كشيوع) (٤)، وكذا رهن أرض بلا (نخل، وزرع) (٥) أو رهن نخلاً بلا ثمر، لما مرّ.

فالأصل أن الرهن لو كان متصلاً بغيره لم يجز لتعذر قبضه وحده.

وعن "ابي حنيفة" : إن (رهن) (٦) الأرض بدون الشجر، جاز لأن الشجر اسم للنابت، فيكون استثناء الأشجار بمواضعها، بخلاف رهن دار دون بناء، إذ البناء، اسم (للمبني) (٧) فيصير راهناً جميع الأرض، وهي مشغولة بملك الراهن، ولو رهن النخيل بمواضعها جاز، إذ هذه (مجاورة) (٨)، وهي لا تمنع الصحة، ويدخل الثمر تبعاً لاتصاله، فيدخل تصحيحاً للعقد بخلاف البيع، إذ بيع النخيل بلا ثمر جائز، فلا ضرورة الى ادخالة بلا ذكر، بخلاف متاع في دار، حيث لا يدخل في رهن الدار بلا ذكر، (إذ) (٩) لا تبعته.

وكذا يدخل الزرع، والرطبة في رهن الأرض، لا في بيعها لما مرّ. ويدخل البناء والغرس، في رهن (أرض (١٠) ودار ، وقرية) (١١) لما مرّ.

ولو رهن داراً بما فيه جاز، فلو استحق بعضه، (فلو) (١٢) جاز رهن الباقي ابتداءاً بقي رهناً بحصته، وإلا بطل كله.

---

(١) الهداية مع تكملة شرح فتح القدير ١٠:١٥٥، جامع الفصولين ٢:٦٤، فصول العمادي ق:١٣٧.
(٢) (بغيره) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بغيرها.
(٣) (خلقة) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(٤) (كشيوع) في د، هـ، وفي أ، ب، ج، :كالشيوع.
(٥) (نخل وزرع) في ، د، هـ وفي أ: زرع ونخل، وفي ج: نخل او زرع.
(٦) (رهن) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.
(٧) (للمبين) في: ج، د، هـ، وفي أ، دب، : للمبتين.
(٨) (مجاورة) في ب، ج، وفي أ، د، هـ: تجاوره.
(٩) (إذ) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: أو.
(١٠) (ارض) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: الأرض.
(١١) (ارض..... قرية) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(١٢) (فلو) في: ب، د، هـ وساقطة من أ، ج.

الباب (السابع) (١) والثلاثون

في القضاء بدعوى الوقف والشهادة عليه

مسألة :

أرض بيده، وأرض بيد آخر، فادعى رجل أن هاتين الأرضين، وقف عليه، وقفهما جده على أولاده، وأحفاده أبدا ما تناسلوا. وأحد الرجلين غائب، فبرهن المدعي على الحاضر. لو شهدا (أنهما) (٢) ملك الواقف، وقفهما جميعا وقفا واحدا، (وذكرا) (٣) شرائط الوقف، حكم على الحاضر بكون الأرضين وقفا، إذ الحاضر هنا يصير خصما عن الغائب، فصار كأحد الورثة. ولو شهدا أنه وقف وقفين متفرقين، يقضي بما في يد الحاضر فقط.

(قال)(٤) صاحب "الفتاوى الظهيرية" : وفي المسألة اشكال، وينبغي أن يحكم بوقفية (ما) (٥) في يد الحاضر في الوجهين جميعا، لأنه (ألحقه) (٦) بأحد الورثة، وأحد الورثة إنما يصير خصما عن البقية إذا (كانت) (٧) العين بيده، حتى لو (ادعى) (٨) عينا من التركة على وارث ليس العين بيده لا تسمع، وفي مسألتنا أحد الأرضين بيد الغائب، فكيف يقضي (بوقفتيهما) (٩) على الحاضر (١٠).

---

(١) (السابع) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: التاسع

(٢) (أنهما) في: ب، جـ، د، هـ، وساقطة من أ

(٣) (وذكرا) في: ب، جـ، وفي أ، د، هـ: ذكر

(٤) (قال) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: قاله

(٥) (ما) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: بما

(٦) (الحقه) في: أ، ب، جـ، وفي د هـ: الحق

(٧) (كانت) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: كان

(٨) (ادعى) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: ادعيا

(٩) (بوقفيتهما) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: بوقفتيها

(١٠) جامع الفصولين ١ :١٢٧، فصول العمادي ق:٣٩، وانظر (الهندية ٢ :٤٣٢، الخانية ٣ :٣٤٠، البزازية ٦ :٢٨٢)

مسألة :

قال في "الذخيرة" : ادعى دارا، فقال ذو اليد: (أنه) (١) وقف على الفقراء، وأنا (قيّمهم) (٢) صحّ اقراره، ويكون وقفا، فلو أراد تحليفه ليأخذ الدار لو نكل لا يحلفه وفاقا. إذ العين صار مستهلكا بصيرورته وقفا، ولو أراد تحليفه ليأخذ (القيمة) (٣) فعلى قياس قول (الحسن) (٤) لا يحلفه بعد اقراره بالوقف، لأنهما لا يضمنان قيمة العقار. وعلى قياس قول "محمد" يحلفه، وإن نكل يأخذ (قيمته) (٥)، ويفتى بقول "محمد" كيلا يحتال بهذه الحيلة لدفع اليمين عن نفسه، وعلى هذا لو أقر بالدار لأبنه الصغير فقد ذكر في مسائل الاستحلاف (٦).

وقفة في صحته فمات، وادعى أحد أنه له. وأقر به ورثته لا يبطل الوقف، وضمنوا قيمته من تركة الميت، ولو أنكروا فله تحليفهم لأخذ القيمة، أما لو أراد تحليفهم ليأخذ الوقف، فلا يمين له عليهم (٧). كذا في "التجنيس" .

---

(١) (أنه) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: أنها

(٢) (قيّمهم) في: د، هـ، وفي أ: منهم، وفي ب، جـ: فيهم

(٣) (القيمة) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: قيمته

(٤) (الحسن) في: أ، ب، جـ، د، هـ، وفي جامع الفصولين، وفصول العمادي: أبي حنيفة وأبي يوسف

(٥) (القيمة) في: أ، ب، وفي د، هـ: قيمته، وفي جـ: منه

(٦) مسألة اقرار الأب لابنه الصغير بالدار مذكورة في جامع الفصولين في الفصل الخامس عشر في التحليف وما يتعلق به ١٤٦:١، وفي فصول العمادي في الفصل السادس عشر في مسائل الاستحلاف ق:٦٥

(٧) جامع الفصولين ١٢٨:١، فصول العمادي ق:٣٩، وانظر: الهندية ٤٣٢:٢ الخانية ٣٤٠:٣.

(فرع) (١)

ادعى الموقوف عليه أنه وقف عليه، لو ادعاه باذن القاضي يصح وفاقا، وبغير اذنه (ففيه) (٢) روايتان، والأصح أنه لا يصح، لأن له حقا في الغلة لا غير، فلا يكون خصما في شيء، ولو كان الموقوف عليه جماعة فادعى (أحدهم) (٣) أنه وقف بغير اذن القاضي لا يصح رواية واحدة، وفيه أن (مستحق) (٤) غلة الوقف، لا يملك دعوى غلة الوقف، وانما يملكه المتولي. ولو كان الوقف على رجل معين. قيل: يجوز أن يكون (هو) (٥) المتولي بغير اطلاق القاضي اذ الحق لا يعدوه، ويفتي بأنه لا يصح، لأن حقه اخذ الغلة لا التصرف في الغلة. ولو غصب الوقف أحد ليس لأحد من الموقوف (عليهم) (٦) الخصومة بلا اذن القاضي، كذا عن "الفتاوى الرشيدية" (٧).

---

(١) (فرع) في: أ، د، هـ، وفي جـ: مسالة، والفرع باكمله ساقط من ب.

(٢) (ففيه) في: د، هـ، وفي أ: فيه، وفي جـ: فعليه

(٣) (أحدهم) في: أ، د، هـ، وفي جـ: أحدهما

(٤) (مستحق) في: جـ، د، هـ، وفي أ: يستحق

(٥) (هو) في: أ، د، هـ، وساقطة من جـ

(٦) (عليهم) في: أ، د، هـ، وفي جـ: عليه

(٧) جامع الفصولين ١٢٨:١، فصول العمادي ق:٤٠، وانظر (الهندية ٢: ٤٣٢ الخانية ٣: ٢٨١)

مسألة: (١)

ادعى أنه وقف، وأنكر ذو اليد، فصالحه على مال لم يجز، اذ (الصلح) (٢) كبيع، وليس للمتولي بيعه، (واستبداله) (٣). ولو دفع المتولي شيئا الى ذي اليد، وأخذ الدار للوقف (يجوز) (٤) لو لم يكن (له) (٥) بينة على اثبات الوقف. والموقوف (عليه) (٦) لو فعل ذلك لم يجز، لأنه ليس بخصم، والفضولي لو فعل ذلك يجوز، اذ الموقوف عليه فعله ليأخذ الدار، أما الفضولي، فلو فعله من (ماله لاستخلاص -٧) الوقف، فيدفع ماله، ولا يأخذ الدار. من "فتاوى (رشيد الدين)" (٨). (٩)

---

(١) المسألة بكاملها ساقطة من ب

(٢) (الصلح) في: أ، جـ، هـ، وفي د: لصلح.

(٣) (واستبداله) في: د، هـ، وفي أ، جـ: ولا استبداله

- ومسألة عدم جواز بيع الوقف استبداله مقيدة عند الحنفية بشرطين أولهما أن يكون الواقف سكت عن اشتراط الاستبدال، وثانيهما: أن يكون الوقف عامرا إلا أن بدله أفضل منه، وإلا فإذا شرط الواقف استبداله. أو تعطلت منافعه بالكلية، أو صار بحال لا يفي بمؤنته فإن الحنفية جوزوا بيعه واستبداله بإذن القاضي على الأصح. (انظر: حاشية رد المحتار ٤:٣٨٤، وراجع: أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية، د. محمد عبيد الكبيسي ٢:٩ وما بعدها).

(٤) (يجوز) في: د، هـ، وفي أ، جـ: يجوز له

(٥) (له) في: د، هـ، وساقطة من أ، جـ

(٦) (عليه) في: د، هـ، وفي أ، جـ: عليهم

(٧) (ماله لاستخلاص) في: أ، د، هـ، وفي جـ: مال الاستخلاص

(٨) (رشيد الدين) في: أ، د، هـ، وفي جـ: الرشيدية

(٩) جامع الفصولين ١:١٢٨ - ١٢٩، فصول العمادي ق:٤٠

فصل (١)

متولي ادعى أنه وقف على كذا، ولم يذكر الواقف. قيل: تسمع، وقيل: لا ما لم يذكر الواقف عندهم (٢)، اذ الوقف عندهما حبس أصل الملك (على) (٣) ملك الواقف، فلابد من ذكره، لئلا يكون اثباتا للمجهول.

قال في "الفتاوى الظهيرية" الشهادة (بالوقف) (٤) بلا بيان (واقف) (٥) تقبل.

وفي "الفتاوى الرشيدية": لا تقبل.

(قال) (٦) في "العدة": ينبغي أن تقبل ولو كان قديما، لوذكروا (٧) الواقف، لا المصرف تقبل، وإن (كان) (٨) قديما، ويصرف الى الفقراء (٩).

---

(١) الفصل بكامله ساقط من نسخة ب

(٢) (عندهم): في جميع النسخ، وفي جامع الفصولين ١ :١٣٠: عند أبي حنيفة ومحمد، وهو الصحيح

(٣) (على) في: أ، جـ، وفي د، هـ: عن

(٤) (بالوقف) في: جـ، د، هـ، وفي أ: في الوقف

(٥) (واقف) في: جـ، د، هـ، وفي أ: الواقف

(٦) (قال) في: أ، د، هـ، وساقطة من جـ

(٧) اي الشهود في شهادتهم

(٨) (كان) في: جـ، د، هـ، جامع الفصولين، وساقطة من أ

(٩) جامع الفصولين ١ :١٣٠، فصول العمادي ق:٤٠، وانظر: (الخانية ٣ :٣٤١. شرح أدب القاضي لابن مازه ١ :٢٨٣، شرح أدب القاضي للجصاص: ٧٦. البزازية ٦ :٢٨٣، الدر المختار ٤ :٤١١).

- وعدم قبول الشهادة على الوقف عند عدم بيان الواقف هو الصحيح في المذهب كما قال خير الدين الرملي نقلا عن الامام ظهير الدين. (انظر: حاشية خير الرملي على جامع الفصولين ١ :١٣٠).

مسألة: (١)

وقف مشهور قديم لا يعرف واقفة استولى عليه ظالم، فادعى المتولي أنه وقف على على كذا مشهور، وشهدوا كذلك، فالمختار أنه يجوز، اذ الشهادة على أصل الوقف بالشهرة تجوز في المختار، ولو كان الوقف على قوم باعيانهم.

وأما الشرائط فلا. هو المختار، كذا في "الفتاوى". (٢)

(فرع) (٣)

وفي "الفتاوي الرشيدية": تقبل الشهادة على الشهادة في الوقف (٤)، وكذا شهادة الرجال مع النساء (٥)، وكذا الشهادة (بتصريح) (٦)، ولو صرحا به، إذ (الشاهد) (٧) ربما تكون سنة عشرين سنة، وتاريخ الوقف مائة سنة، فتيقن القاضي أنه شهد بسماع، (فاذا) (٨) لا فرق بين سكوت وافصاح، بخلاف سائر ما تجوز فيه الشهادة بسماع، فإنهما لو صرحا أنهما شهدا بسماع لا تقبل (٩).

ولو (شهد) (١٠) بوقف على نفسه، أو على أحد من أولاده، وإن سفلوا، أو على آبائه وان علوا لا تقبل (١١). وكذا لو (شهد)(١٢) (به) (١٣) على نفسه، أو على أجنبي لا تقبل (لا) (١٤) في حقه، ولا في حق الأجنبي (١٥).

ولو شهد أحدهما أنه وقفه على زيد، وشهد الآخر أنه وقفه على عمرو تقبل، وتصرف غلته (الى) (١٦) الفقراء، لأنهما (اتفقا) (١٧) أنه وقف (١٨).

---

(١) المسألة بكاملها ساقطة من نسخة ب

(٢) جامع الفصولين ١ :١٣٠، وانظر: (الهندية ٢ :٤٣٨، حاشية رد المحتار ٤ :٤١١ - ٤١٢)

- وقد سبق ذكر المسألة في الباب الرابع عشر (في القضاء بشهادة السماع)

(٣) (فرع) في: أ، جـ، وفي د، هـ: مسالة، والفرع بكامله ساقط من نسخ ب.

(٤) سبق ذكر المسألة في الباب الخامس عشر (في القضاء بالشهادة على الشهادة)

=

....

---

(٥) سبق ذكر المسالة في الباب الثالث (في القضاء بشاهدين، أو بشاهد وامرأتين)

(٦) (بتصريح) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين: بسماع، وهو الصحيح

(٧) (الشاهد) في: جـ، وفي أ، د، هـ: الشهادة

(٨) (فاذا) في: أ، د، هـ، وفي جـ: فاذن

(٩) المراجع السابقة

- وقد علق خير الدين الرملي في حاشيته على جامع الفصولين ١:١٣٠ على مسالة قبول شهادة السماع على الأوقاف بقوله: "أقول: ينبغي أن يكون خاصا بما هو قديم، لأنه العلة في ذلك".

(١٠) (شهد) في: أ، جـ، وفي د، هـ: شهدا

(١١) المراجع السابقة، وانظر: (الخانية ٣:٣٣٩)

- وعدم قبول هذه الصور من الشهادة اما لأنها شهادة الانسان لنفسه، أو لمن هو متهم في حقه، والشهادة في الصور تين لا تجوز لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا تجوز شهادة خصم، ولا ظنين".

- الحديث سبق تخريجه في القسم الأول من الكتاب في رسالة الزميل محمد التتشة.

اما شهادة الخصم، فلأنها شهادة لنفسه، والشهادة لنفسه دعوى، وأما شهادة الظنين، فلأنها شهادة متهم، اذ الظنين هو المتهم.

(انظر: شرح أدب القاضي لابن مازه ٤:٤١٠، ٢١٣، روضة القضاة ١:٢٥٢).

(١٢) (شهد) في: أ، د، هـ، وفي جـ: شهدوا

(١٣) (به) في: جـ، د، هـ، وساقطة من أ

(١٤) (لا) في: د، هـ، وساقطة من أ، جـ.

(١٥) المراجع السابقة

- والعلة في عدم قبول الشهادة في هذه الصورة هي أنه يجر لنفسه مغنماً بهذه الشهادة، ومن جر لنفسه مغنما بهذه الشهادة، لا تجوز شهادته، قال في روضة القضاة، ١:٢٥٢: "قال أصحابنا: ولا تقبل شهادة ظنين، ولا جار الى نفسه غنما، ولا دافع عنها غرما، ولا شهادة الوكيل لمن وكله، ولا الشريك عما هو شريك فيه، ولا من هو وصي لليتيم، ولا عليه".

(١٦) (إلى) في: أ، د، هـ، وفي جـ: على.

(١٧) (اتفقا) في: أ، جـ، هـ، وفي د: اتفاقا

(١٨) جامع الفصولين ١:١٣٠ فصول العمادي ق:٤٠، وانظر: (الخانية ٣:٣٣٩)

- قال في الخانية ٣:٣٣٩ «وكذا لو شهد بوقف على نفسه، وعلى أجنبي لا تقبل شهادته لا في حقه، ولا في حق الاجنبي، وليس هذا كالشاهدين اذا شهد أحدهما أنه وقفة على زيد صدقة موقوفة، وشهد الآخر أنه وقفة على عمرو صدقة موقوفة، فان ثمة تقبل شهادتهما، وتصرف الغلة الى الفقراء، لان ثمة اتفقا على ان رقبة الأرض وقف، وانما اختلفا فيمن استثني له الغلة، فتقبل شهادتهما على ما اتفقا عليه وهو أصل الوقف، فيكون للفقراء».

(فرع) (١)

قال في كتاب «الدعاوى والبيّنات»: وقف نصفه، أو نحوه، مشاعاً جاز عند "أبي يوسف"، ولو قال: وقفت (حصتي) (٢) (منه) (٣) ولم يسمّها، قال: أستحسن أن أجيزه، لو ثبت (الواقف) (٤) على اقراره بالوقف.

(وإلا) (٥) (فلو) (٦) (شهدا) (٧) عليه بالوقف، وبقدر حصته منه، (وسمياه) (٨) تقبل، ويحكم بالوقف، ولو شهدا باقراره، ولم (يعرفا) (٩) حصته، أخذه القاضي (فإن سمّى) (١٠) حصته، (فالقول) (١١) قوله فيما سماه، ويحكم بوقفيته. (١٢)

ولو مات الواقف، فوارثه يقوم مقامه، فما اقر به لزمه إلى أن تثبت الزيادة عند القاضي، فيحكم بما ثبت عنده منه. ولو (شهدا) (١٣) أنه أقر أنه وقف جميع حصته وهو الثلث، فإذا هو اكثر (تصير) (١٤) جميع حصته وقفاً ألا يرى أن أصحابنا قالوا: لو قال: أوصيت له بثلث مالي، وهو ألف، فإذا هو اكثر، فله الثلث كله بالغاً ما بلغ (وألا يرى) (١٥) أنه لو قال: أوصيت له بحصتي من (هذه) (١٦) الدار، وهو الثلث، فإذا هي النصف، فله نصفه، فكذا الوقف. كذا في «الذخيرة» (١٧)

---

(١) (فرع) في: أ، ج، وفي ب، د، هـ: مسالة.

(٢) (حصتي) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: على حصتي.

(٣) (منه) في: أ، ب، د، هـ،وفي ج: منها.

(٤) (الواقف) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الوقف.

(٥) (وإلا) في جميع النسخ، وفي جامع الفصولين: وإلا فلا، وهو الصحيح.

(٦) (فلو) في جميع النسخ وفي جامع الفصولين: ولو، وهو الصحيح.

(٧) (شهدا) في : د، هـ، وفي أ، ب، ج: شهد.

(٨) (وسمياه) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: سميا.

(٩) (يعرفا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يعرف.

(١٠) (فإن سمّى) في جميع النسخ ، وفي جامع الفصولين: بان يسمي وهو الصحيح.

(١١) (فالقول) في جميع النسخ وفي جامع الفصولين: والقول وهو الصحيح.

(١٢) جامع الفصولين ١: ١٣٠-١٣١، فصول العمادي ق:٤١، وانظر الهندية ٢: ٣٦٥، ٤٣٤، حاشية رد المحتار ٤: ٣٦٢.

- واصل هذه المسائل هي مسالة وقف المشاع وخلاصة مذهب الحنفية فيها هو ان الحنفية اتفقوا على جواز وقف

فرع:

قال في «فتاوى أهل سمرقند» غصب وقفاً فنقص، (فما)(١) أخذ بنقصه يصرف إلى مرمته (٢) لا إلى أهل الوقف، لأنه بدل الرقبة، وحقهم في الغلة لا في الرقبة، ولو زاد غاصبه (فيه) (٣) شيئاً، فلو كان ماليس بمال، ولا له حكم المال، يؤخذ منه بلا شيء، ولو كان مالاً قائما كغرس، وبناء، أمر بقلعه، إلا إذا أضر بالوقف، (يضمن) (٤) القيم، أو القاضي قيمته من غلة الوقف، (إن كانت، وإلا يؤجر الوقف) (٥) ويعطى من أجرته. كذا في «فتاوى الفضلي» (٦).

=

الذي لا يقبل القسمة ما عدا المسجد والمقبرة، وأما وقف المشاع الذي يقبل القسمة فقد اختلفوا فيه فقد ذهب أبو يوسف رحمه الله إلى القول بجواز وقف المشاع الذي يقبل القسمة، وذلك لعدم اشتراطه القبض لتمام الوقف، وأما محمد رحمه الله فقال: بعدم صحة وقف المشاع، لأن القبض عند شرط لتمام الوقف. (انظر: المبسوط ١٢: ٣٧، الهداية وشرح فتح القدير ٦: ٢١)

(١٣) (شهدا) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: شهد.

(١٤) (تصير) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: يصير.

(١٥) (والأيرى) في د، هـ، وفي أ: أو لا يرى، وفي ب، ج،: ولا يرى.

(١٦) (هذه) في: ج، د، هـ، جامع الفصولين وفي أ، ب: هذا.

(١٧) المراجع السابقة في الحاشية رقم (١٢).

(١) (فما) في: د، هـ، وفي أ، ب: مما وفي ج: فيما.

(٢) مرمته: اي اصلاحه. (انظر: القاموس المحيط مادة (رمّه) ٤: ١٢٢)

(٣) (فيه) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.

(٤) (يضمن) في: أ، ب، وفي ج، د، هـ: فضمن، وفي جامع الفصولين: فيضمن، وهو الصحيح.

(٥) (إن .... الوقف) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٦) جامع الفصولين ١: ١٣١، فصول العمادي ق: ٤١، وانظر: (الهندية ٢: ٤٢، الخانية ٣: ٣٣٧، حاشية رد المحتار ٤: ٤٠٩).

مسألة :

قال في «النوازل»: سئل « النسفي» عن أرض وقف، فيه بناء مملوك، وكان صاحب (السكنى) (١) قد استأجر الأرض بأجر مثله يومئذ، فتبدل المتولي بعد زمان، وزاد أجر مثله، فأبى (مالك) (٢) البناء، إلا (بالأجرة الاولى) (٣)، والمتولي الجديد لا يرضى إلا بأجر المثل الآن، هل للمتولي ذلك ؟. قال: نعم. (٤)

مسألة :

قال في «الذخيرة»: استأجر أرض وقف ثلاث سنين بأجرة هي أجر مثلها، حتى جازت الإجارة، فرخصت أجرتها لا تنفسخ (٥)، ولو غلت لا تنفسخ في رواية، لأن اجر المثل يعتبر وقت العقد (٦)، وتنفسخ في رواية، ويجدد العقد، وإلى وقت الفسخ لزمه المسمى الأول (٧)، ثم فيما بعده (٨) لو رضي المستأجر الأول (بالزيادة)(٩) فهو أولى من غيره. ولو لم يمكن فسخ العقد بأن كان فيها زرع، (فإلى) (١٠) وقت زيادته لزمه المسمى الأول، وبعد الزيادة يجب أجر مثلها، وزيادة الأجرة تعتبر لو زادت عند الكل، حتى لو (زاد) (١١) واحد تعنتاً لا تعتبر هذه الزيادة. (١٢)

---

(١) (السكنى) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: البناء.

(٢) (مالك) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: الملك.

(٣) (بالأجرة الأولى) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: بأجرة الأول.

(٤) جامع الفصولين ١:١٣٢، فصول العمادي ق:٤١، وانظر (الهندية ٢:٤٢٢).

(٥) جامع الفصولين ١:١٣٢، فصول العمادي ق:٤١، وانظر: الدر المختار ٤:٤٠٣، الإسعاف في أحكام الأوقاف: ٥٤).

- قال في الدر المختار ٤:٤٠٣: «فلو رخص أجره بعد العقد، لا ينفسخ العقد للزوم الضرر».

(٦) المراجع السابقة

- قال في الإسعاف: ٥٤: «ولو استأجر وقفاً ثلاث سنين بأجرة معلومة، هي أجر مثلها، فلما دخلت السنة الثانية، وكثرت رغائب الناس فزاد أجر الأرض، قالو: ليس للمتولي نقض الإجارة، بنقصان أجر المثل، لأنه إنما يعت=

فرع:

لو آجربأجرة (مثله) (١)، ثم زاد أجر مثله، لا تنفسخ، ولو آجره بأقل وجب الأقل، فلو زاد آخر، فللمتولي أن يخرج الأول إلا أن (يستأجره) (٢) الأول بأجر مثله. أنظر «الجامع الصغير» (٣).

ولو بنى المستأجر بإذن المتولي، فلما مضت المدة زاد في الأجرة للمتسقبل فرضي صاحب السكن بالزيادة، فهو أولى. (٤)

=

وقت العقد، وفي وقته كان المسمى اجر المثل، فلا يضر التغيير بعد ذلك».

(٧) المراجع السابقة.

وقد نص صاحب الدر المختار على أن القول بفسخ العقد هو الأصح في المذهب (أنظر: الدر المختار ٤: ٤٠٤).

(٨) (بعده) في د، هـ، وفي أ، ب، ج: بعد.

(٩) (بالزيادة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بزيادة.

(١٠) (فإلى) في: أ، ج، وفي ب، فأبى، وفي د، هـ: فاتى.

(١١) (زاد) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: زادت.

(١٢) جامع الفصولين ١: ١٣٢ فصول العمادي ق: ٤١، وانظر: (الهندية ٢: ٤١٩، ٤٢٠).

- قال ابن عابدين في الحاشية ٤: ٤٠٤ معقباً على قول العلماء: «ان المستاجر الأول أولى من غيره) قد علم مما قررناه ان قولهم أن المستاجر الأول أولى انما هو فيما زادت أجرة المثل في أثناء المدة قبل فراغ أجرته، وقد قبل الزيادة أما إذا فرغت مدته فليس بأولى إلا إذا كان له حق قرار وهو المسمى بالكردار على ما قدمنا مبسوطاً في مسألة الأرض المحتكرة، من أن له الاستباق بأجرة المثل دفعاً للضرر عنه مع عدم الضرر على الوقف».

(١) (مثله) في: أ، د، هـ، وفي: ب، ة: مثلها.

- والمقصود : آجر المتولي الوقف بأجرة المثل.

(٢) (يستأجره) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يستأجر.

(٣) نسب عماد الدين في فصوله هذه المسألة إلى جوامع الفقه للعتابي وليس إلى الجامع الصغير، وأما صاحب جامع الفصولين فقد نسبها إلى الجامع الصغير، ولم أجدها فيه.

(٤) جامع الفصولين ١: ١٣٢، فصول العمادي ق: ٤١، وانظر: الهندية ٢: ٤٢، حاشية رد المحتار ٤: ٤٠٤.

مسألة:

لو أراد المتولي أن يشتري ضيعة بغلة الوقف، لتكون موقوفة على وجه الوقف الأول، فقد (وقعت) (١) ولم يوجد فيه رواية، فقيل: (يجيزه) (٢) القاضي ثم اتفقوا على أنه لم يجز، ويضمن المتولي لو فعله، لأنه يجوز على الوقف شراء ما يكون فيه عمارة الوقف، وزيادة لغلته، وأما أن يكون وقفاً على ذلك الوجه، فهو وقف آخر لا من مصالح الوقف الأول، ألا يرى أن غلته تصرف إلى عمارة نفسه، وما فضل يصرف إلى عمارة الوقف الأول. أنظر «شروط الحاكم». (٣)

مسألة:

إجتمع من مال المسجد شيء ، فقيل: ليس للقيم أن يشتري (به) (٤) داراً للوقف، ولو فعل، ووقف يكون وقفه(٥)، ويضمن. وقيل : يجوز استحساناً وبه أفتى «محمد بن سلمه» (٦). أنظر «القنية». (٧)

مسألة:

قيّم الوقف لو باع الوقف بأمر القاضي، (ورأيه) (٨) جاز، كذا روي عن «أبي يوسف». أنظر «فوائد صاحب المحيط» (٩).

---

(١) (وقعت) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: وقف.
(٢) (يجيزه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يخير.
(٣) جامع الفصولين ١ : ١٣٣ ، فصول العمادي ق : ٤١ - ٤٢ .
- وقد ذكر عماد الدين في فصوله ق: ٤٢ قولاً مفاده جواز شراء المتولي، إذا كان الواقف قد أذن له بالشراء.
(٤) (به) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.
(٥) الضمير يعود على القيم، اي يكون وقفاً للقيم.
(٦) وهو أبو عبد الله الفقيه البلخي ولد سنة (١٩٢ هـ)، وتفقه على شداد ابن حكيم، ثم على ابي سليمان الجوزجاني ومات سنة (٢٤٨هـ). (انظر: الفوائد البهية: ١٦٨).
(٧) جامع الفصولين ١ :١٣٣ ، وانظر: شرح فتح القدير ٦ : ٢٤٠، الهندية ٢ : ٤١٧ .
- قال في شرح فتح القدير ٦ : ٢٤٠ «وللمتولي أن يشتري بما فضل من غلة الوقف إذا لم يحتج إلى العمارة مستغلاً، ولا يكون وقفاً في الصحيح حتى جاز بيعه».
(٨) (ورأيه) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: في رواية.
(٩) جامع الفصولين ١ : ١٣٣ - ١٣٤ ، فصول العمادي ق: ٤٢، وانظر : (الدر المختار ٤ : ٣٩٦).
- وقد علق ابن عابدين في الحاشية ٤ : ٣٩٦ على المسالة بقوله «وينبغي أن يكون هذا في صورة الإستبدال، وقيد بأمر القاضي، لأن الإستبدال إذا لم يشرطه الواقف لا يجوز لغير القاضي كما مر».

فرع:

قال في «العدة»: الواقف لو إفتقر إلى الوقف رفع إلى القاضي حتى يفسخ الوقف لم يكن (١) مسجلاً (٢).

وسئل «شمس الأئمة الحلواني» عن (وقف) (٣) تعذر استغلاله، هل للمتولي أن يبيعه، ويشتري بثمنه آخر مكانه ؟، قال: نعم، قيل له: لو لم يتعطل، ولكن يؤخذ بثمنه ما هو خير منه. قال: لا يبيعه، وقيل: لم يجز بيع الوقف تعطل ام لا، وكذا (لم يجز) (٤) الإستبدال به.

وفي «المنتقى» عن "محمد": لو تعطل فللقاضي أن يبيعه، ويشتري بثمنه غيره وليس ذلك إلا للقاضي. (٥)

وفي «الفتاوى الظهيرية» : بيع بناء الوقف جائز بعد الهدم، لا قبله، وكذا الشجر المثمر الموقوف، جاز بيعه بعد القطع، لا قبله، ولو كان الشجر غير مثمر جاز بيعه قبل القطع، وبعده. (٦)

---

(١) الوقف المسجل: هو الوقف الذي حكم القاضي بلزومه، وسمي مسجلاً لأن المحكوم به يكتب في سجل القاضي. (انظر: حاشية خير الدين الرملي ١: ١٣٤، حاشية رد المحتار ٤:٣٩٥).

- ومسالة تسجيل الوقف متفرعة عن مسالة لزومه ذلك ان أبا حنيفة رحمه الله يرى أن الوقف جائز وليس بلازم، فللواقف الرجوع عنه حال حياته وله التصرف فيه بيعاً، وهبة، وغير ذلك من التصرفات، ولا يكون الوقف لازماً عند أبي حنيفة إلا بأمرين: إما ان يحكم به القاضي، أو يخرجه مخرج الوصية، وعند الصاحبين يلزم بدون ذلك، وهو قول عامة العلماء، وهو الصحيح، والمفتى به في المذهب. (انظر: حاشية رد المحتار ٤:٣٣٨، ٣٩٥، الهداية وشرح فتح القدير ٦: ٢٠٣، وراجع أحكام الوقف في الشريعة الإسلامية ١: ١٩٨).

(٢) جامع الفصولين ١:١٣٤، فصول العمادي ق: ٤٢، (وانظر: الهندية ٢:٤٩٠، حاشية رد المحتار ٤: ٣٣٨، ٣٩٥).

(٣) (وقف) في: أ، د، ج، هـ، وفي د: قف.

(٤) (لم يجز) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٥) جامع الفصولين ١:١٣٤، فصول العمادي ق: ٤٢ (وانظر: حاشية رد المحتار ٤:٣٨٤، وما بعدها، الهداية وشرح فتح القدير ٦:٢٢١).

- وقد سبق التعليق على مسالة بيع الوقف، في أوائل هذا الباب، عند ذكر مسالة الصلح عن الوقف، فانظره.

(٦) جامع الفصولين ١:١٣٤، فصول العمادي ق:٤٢.

مسألة:

(في) (١) «الفتاوى الرشيدية» : وقف على أولاده، وأولاد أولاده، هل يدخل (فيه أولاد البنات)؟ (٢) (فيه روايتان) (٣)، ويفتى بأنهم لا يدخلون، كذا في آخر «محاضر فصول إلاسترشني» (٤).

مسألة:

رجل في يده (ضيعه) (٥)، جاء رجل وادّعى أنها وقف، وجاء بصك فيه خطوط عدول، وحكام، قد إنقرضوا، (وتفانوا) (٦) وطلب من الحاكم القضاء به. قال: لا يعتمد على الخطوط، ولا ينبغي أن يحكم بذلك، وكذلك لو كان لوح مضروب على باب دار ينطق بالوقف لا يقضى به، ما لم يشهد الشهود على الوقف. من «الخلاصة»، وقد تقدم شيء منه. (٧)

---

(١) (في) في: د، هـ، وساقطة من أ، ب، ج.

(٢)(فيه أولاد البنات) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: أولاد البنات فيه.

(٣) (فيه روايتان) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٤) جامع الفصولين ١: ١٣٤-١٣٥، (وانظر: حاشية رد المحتار ٤:٤٦٣، شرح فتح القدير ٦:٢٤٣، حاشية خير الدين الرملي ١:١٣٤، الخانية ٣:٣١٩).

- مسالة دخول أولاد البنات في الوقف من المسائل الشائكة في المذهب لتعارض التصحيح في الروايات المنقولة عن أئمة المذهب، وقد ذهب ابن عابدين في الحاشية معتمداً على قول الكمال بن الهمام والخصاف، وهلال إلى ترجيح القول بدخول أولاد البنات في الوقف. وذلك لأن الخصاف أنكر رواية حرمان أولاد البنات وقال: لم أجد من يقول برواية ذلك عن أصحابنا، وإنما روى عن أبي حنيفة فيمن أوصى بثلث ماله لولد زيد، فإن وجد له ولد ذكور وإناث لصلبه يوم موت الموصي كان بينهم، وإن لم يكن له ولد لصلبه، بل ولد ولد من أولاده الذكور والإناث، كان لاولاد الذكور دون أولاد الإناث فكانهم قاسوا على ذلك».

وقال ابن عابدين معقباً على ذلك: «ويقطع عرق شبهة الخلاف في صورة أولاد أولادي ما نقله في الذخيرة عن شمس الأئمة السرخسي ن أولاد البنات يدخلون رواية واحدة، وانما الروايتان فيما إذا قال آمنوني على أولاد. وبهذا البيان إتضح أن ما وقع في بعض الكتب كالتجنيس، والواقعات، والمحيط الرضوي من ذكر الخلاف في العبارة المذكورة من قبيل نقل الخلاف في أحدى الصورتين قياساً على الأخرى مع قيام الفارق، وما ذكروه في التعليل من أن ولد البنت ينسب إلى أبيه لا يساعدهم لأنه إن اريد ان الولد لا ينسب إلى الأم لغة وشرعاً فلا وجه له، إذ لا شبهة في صحة قول الواقف وقفت على أولاد بناتي، وان أريد لا ينسب إليه عرفاً فلا يجدي نفعاً في عدم دخول ولد البنت في الصورة المذكورة، لان دخوله فيها بحكم العبارة لا بحكم العرف»(انظر: حاشية ردالمختار ٤:٤٦٤).

وعلى هذا فإن المفتى به في المذهب خلاف ما ذكره المصنف رحمه الله.

(٥) (ضيعة) في : أ،ب، ج، هـ، وفي د: ضعيفة.

(٦) (وتفانوا) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: تفاوتوا.

(٧) أنظر: الخانية ٣: ٣٤١، الهندية ٣: ٤٤١، حاشية رد المحتار ٤: ٤٩٢،

- قال في الخانية ٣: ٣٤١، «ليس للقاضي أن يقضي بذلك الصك، إنما يقضي بالحجة، والحجة هي البيّنة، أو الإقرار، أما الصك لا يصلح حجة لأن الخط يشبه الخط».

فصل

فيمن (يصلح) (١) الوقف (عليه) (٢)، ومن لا (يصلح) (٣)

وفي «الحاوي»: قال أبو حنيفة: إذا وقف مالاً لبناء القناطر، أو (لحفر) (٤) القبور، أو لاتخاذ السقايات (٥)، أو لشراء أكفان فقراء (٦) المسلمين، لا يجوز، ولأجل المساجد (يجوز) (٧)، لأن العادة لم تجر، (بهذا) (٨) بخلاف ما إذا وقفه لأجل المساجد، فانه جائز لجريان العرف به. (٩)

مسألة:

رجل وقف داره على فقراء مكة، أو على فقراء قرية معروفة، إن كان الوقف في حياته، وصحته، وهم (يحصون) (١) لا يجوز الوقف. وإن كان الوقف بعد موته، وهم يحصون يجوز، لأن الوقف بعد الموت وصية، والوصية (لقوم) (٢) يحصون تجوز، حتى إذا انقرضوا صار ميراثاً عنهم، وإن كانو ا لا يحصون (يجوز) (٣) سواء كان الوقف في (حال) (٤) الحياة، أو بعد الموت، لأنه وقف مؤبد. (٥)

---

(١) (يصلح) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: يصح.
(٢) (عليه) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.
(٣) (يصلح) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: يصح.
(٤) (لحفر) في: ج، د، هـ، وفي أ: تحفير، وفي ب: لجص.
(٥) السقايات: جمع سقاية بالكسر، وهي الموضع الذي يتخذ لسقي الناس. (انظر: المصباح المنير ١:٢٨١).
(٦) (فقراء) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: الفقراء.
(٧) (يجوز) في أ، وفي: ب، ج، د، هـ: جاز.
(٨) (بهذا) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: هذا.
(٩) انظر: البزازية ٦:٢٥٧
-والمفتى به في المذهب وهو الأصح جواز الوقف على حفر القبور والأكفان.
قال في الدر المختار ٤:٤٥٦: «وجاز على حفر القبور، والأكفان، وعلى الصوفية واعميان في الأصح». وانظر: (الهندية ٢:٣٧٠، حشاية رد المحتار ٤:٤٥٦).

(١) (يحصون) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: لا يحصون.
(٢) (لقوم) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لقول.
(٣) (يجوز) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: لا يجوز.
(٤) (حال) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: حالة.
(٥) أنظر: البزازية ٦:٢٥٧.
- والمسالة متفرعة عن اشتراط ابي حنيفة ومحمد شرطاً في الوقف مفاده التأبيد، وعدم الانقطاع في الجهة الموقوف عليها، بمعنى ان الواقف لووقف على جهة معينة، ولم يجعل آخره جهة لا تنقطع كالفقراء والمساكين فلا يصح وقفه. وأما ابو يوسف رحمه الله فانه وإن اشترط التأبيد على التحقيق، إلا انه أجاز الوقف على جهة تنقطع، ويصير الوقف بعدها للفقراء، وإن لم يسمهم. (انظر: المبسوط ١٢:٤١، حاشية رد المحتار ٤:٣٤٩-٣٥٠).

وفي «وقف الخصاف»: لو قال أرضي هذه صدقة موقوفة لله تعالى على الناس، أو على بني آدم، أو على أهل بغداد، فإذا انقرضوا فعلى المساكين، أو على الزمنى (١)، والعميان، فالوقف باطل.

وذكر «الخصاف» مسألة الزمنى، والعميان في موضع آخر وقال: الغلة للمساكين، ولا تكون للزمنى، والعميان، وكذا لو وقف على الفقهاء أو على قراء القرآن فالوقف باطل. (٢)

وفي «وقف هلال» (٣) الوقف على الزمنى، والمنقطعين صحيح.

وفي «وقف الخصاف» الوقف على الصوفية لا يجوز.

وفي فوائد "شمس الإسلام الأوزجندي" الوقف على صوفي حانة لا يجوز

وعن "سمش الأئمة الحلواني": أنه يفتى بأنه يجوز الوقف على الصوفية.

وأخرج «القاضي الإمام السغدي» (٤) رحمه الله الرواية من وقف الخصاف أنه لا يجوز على الصوفية، والعميان، فرجعوا إلى جوابه، الكل من «الذخيرة» (٥)

---

(١) الزمني: هم المرضى، ويقال (زمن) الشخص (زمناً). (وزمانة) فهو (زمن) من باب تعب ، وهو مرض يدوم زماناً طويلاً، والقوم (زمنى) مثل المرضى. (انظر:المصباح المنير ١: ٢٥٦).

(٢) انظر: الهندية ٢: ٣٧٠، البزازية ٦: ٢٥٧ - ٢٥٨، حاشية رد المحتار ٤: ٤٥٦.

(٣) انظره:١١

(٤) هو علي بن الحسين بن محمد السغدي، القاضي أبو الحسن، الفقيه كان إماماً فاضلاً فقيهاً، مناظراً، سكن بخارى وتصدر للإفتاء، وولي القضاء، وانتهت إليه رياسة الحنفية، أخذ الفقه عن شمس الأئمة السرخسي، وروى عنه شرح السيد الكبير. من تصانيفه النتف في الفتاوى، شرح السير الكبير، توفي ببخارى سنة (٤٦١ هـ) (انظر : الفوائد البهية: ١٢١، الجواهرالمضية٢: ٥٦٧، هدية العارفين ١: ٦٩١).

(٥) انظر : الهندية ٢:٣٧، البزازية ٦ - ٢٥٧ - ٢٥٨.

- قال ابن عابدين في الحاشية ٤ :٢٥٧، تعقيباً على قول صاحب الدر المختار (وجاز على حفر القبور، لا على الصوفية والعميان) قالك (لكن في الإسعاف، قال: شمس الإئمة: إذا ذكر مصرف فيه تنصيص على الحاجة، فهو صحيح، وإن استوى فيه الأغنياء والفقراء، فإن يحصون صح، وإلا بطل، إلا إذا كان في لفظه ما يدل على الحاجة عرفاً، كاليتامى، فالوقف عليهم صحيح، ويصرف لفقرائهم، فهذا الضابط يقتضي صحة الوقف على الزمنى، والعميان، وقراء القرآن، والفقهاء، وأهل الحديث، ويصرف لفقراءهم، لإشعار الأسماء بالحاجة، لأن العمى والاشتغال بالعلم يقطع عن الكسب، فيغلب فيهم الفقر......

ومقتضاه: انه يصح على الصوفية ايضاً، لأن الفقر فيهم اغلب من العميان بل تسميتهم بالفقراء، وهذا إذا كانت العلة ما ذكر؟.

-وقد فصل ابن عابدين في احوال الصوفية، فبيّن انه لا يجوز الوقف على تلك الفئة التي تشرب الخمر وتضرب بالمزامير. (انظر: المرجع السابق).

الباب الثامن والثلاثون

في القضاء فيمن كتب شهادته في صك، ثم ادّعاه، أو (شهد) (١) (لغير) (٢) الاول، وبيان تناقض الشاهد في شهادته، وغلطه ورجوعه

مسألة:

أحد الورثة لو باع كرماً من التركة قبل القسمة، (فكتب) (٣) آخر من الورثة شهد بذلك، أو شهد بما فيه، فهو إقرار بأنه للبائع. فلو قال بعده: لم أجز البيع، (أو لم) (٤) أعرف أنه إقرار (بأنه) (٥) للبائع. اختلف المشايخ فيه. كمن حرر، أو طلق، أو أبرأ بالعربية، وهو (لم) (٦) يعرف لغة العرب. قيل: يصح مطلقاً، وقيل: لا مطلقاً. وقيل: يصح في تصرف يستوي فيه الجد، والهزل، ولا يعتبر قوله: لم أعرف معناه ولا يصح في تصرف لا يستويان فيه، كبيع، فإن بيع الهازل لا يصح والهازل من يتلفظ بعقد لا يقصد حكمه، أو يتلفظ بكلمة لا يعرف معناها.

فلو قال: بعت، ويقول: لم (اقصد) (٧) به الملك، فصدقه المشتري لا يثبت الملك لإتفاقهما على عدم التمليك. إذا التمليك إنما يوجد بتراضٍ ولم يوجد.

قال: وإذا كتب في صك البيع شهد بذلك. إنما كان ذلك (إقراراً) (٨) بأنه لا ملك (له) (٩)، لأن معناه «كواه شدبران» (١٠) (يفتى) (١١) بما في الصك، والمكتوب في الصك باع ما هو (ملكه) (١٢) وباع (بيعاً) (١٣) صحيحاً جائزاً، وإنما يصير شاهداً على ملك البائع، والبيع الصحيح فيما هو جائز، وصحيح . ولو كتب بمشهدي لم يكن

---

(١) (شهد) في: جميع النسخ وفي جامع الفصولين: شهد به ، وهو الصحيح.

للبائع.، ولو كتب أشهد عليه، أو (أشهداني)(١) عليه، فهو إقرار. إذا الهاء في عليه كناية عن البيع الجائز. ولو كتب: أشهداني لا غير لم يكن إقراراً.

وفيه: كتب في صك: بمشهدي لم يكن له حق الدعوى، إذا الباء للإلصاق، والإلصاق للموجود يكون.

ولو قال لآخر: أكتب شهادتي في هذا الصك، فكتب المأمور شهد بذلك، لم يكن إقراراً من الآمر، بأنه للبائع، كما لو قال (له)(٢) اكتب طلاق امرأتي فكتب فهو ليس باقرار بطلاقها.

وفيه: لو قال للصكاك: اكتب صك الاجارة باسم فلان بهذه الدار لم يكن اقراراً باجارة، إذ العرف أنهم يأمرون (بكتب)(٣) الصكوك قبل العقد. أنظر «فتاوى رشيد الدين»(٤).

=

(٢) (الغير) في: أ، د، ج، وفي د، هـ: بغير.

(٣) (فكتب) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فترك.

(٤) (اولم) في: أ، ب، وفي ج، د، هـ: ولم.

(٥) (بانه) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٦) (لم) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لا.

(٧) (اقصد) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: يقصد.

(٨) (إقراراً) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: اقراره.

(٩) (له) في: أ، ب، ج، هـ، وساقطة من د.

(١٠) هذه كلمة فارسية مفسرة في الكلام اللاحق للمصنف.

(١١) (يفتى) في جميع النسخ وفي جامع الفصولين يعني.

(١٢) (ملكه) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: له وملكه.

(١٣) (بيعاً) في: أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ.

(١) (أشهداني) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: أشهدني.

(٢) (له) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٣) (بكتب) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: بكتبه.

(٤) جامع الفصولين ١: ١٣٧، وانظر: فصول العمادي ق: ٧٠، نقلاً عن الفتاوى الرشيدية في باب ما يكون جواباً من المدعي عليه، وما لا يكون.

فصل

ذكر «محمد» في «الجامع» (١): شراه فشهد رجل على ذلك، فهو ليس بتسليم، يريد: إذا شهد بالشراء، اي كتب (الشهادة) (٢) في صك الشراء، وختم على الصك، ثم ادعاه صحّ دعواه، ولم تكن كتابة الشهادة إقراراً بأنه للبائع، وهذا لأن الإنسان يبيع مال غيره. كمال نفسه، (فلم) (٣) تكن شهادته ببيعه، إقراراً به للبائع، والشهادة بالبيع لا تدل على صحته، ونفاذه، لأن له أن يقول: إنما (كتبت) (٤) شهادتي (لأرى) (٥) أن في هذا العقد ضرر أم لا، إذ العقد ورد على ملكي فإن كان فيه ضرر رددته، وإلا أجزته، ولما أمكنه هذا التوفيق لم يكن متناقضاً.

قالوا :(لو) (٦) ذكر ما يوجب صحته، (أو نفاذه) (٧) باع، وهو ملكه، أو باع بيعاً (باتاً) (٨)، وهو كتب شهد بذلك تبطل دعواه، وشهادته لغيره، إلا إذا كتب الشهادة على إقرارهما به، فحينئذ لا تبطل دعواه.(٩)

---

(١) الجامع الصغير مع شرحه النافع الكبير، في باب الإستحقاق: ٣٥٧.

(٢) (الشهادة) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٣) (فلم) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: فلو لم.

(٤) (كتبت) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: كتب.

(٥) (لأرى) في: د، هـ، وفي ب، ج: لا ياتي، وغير واضحة من أ.

(٦) (لو) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٧)(أو نفاذه) في جمع النسخ ، وفي جامع الفصولين: أو نفاذه بأن كتب. وهو الصحيح.

(٨) (باتاً) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: بتاً.

(٩) جامع الفصولين ١ : ١٣٦-١٣٧، وانظر: فصول العمادي ق:٢٧٠، النافع الكبير شرح الجامع الصغير: ٣٥٧.

فصل

لو باع داره من إبنه الصغير، ثم باعه من أجنبي، صح لو كان بقيمته ولو باعه من إبنه البالغ، (وكتب الصك، ثم باعه من غيره، وكتب الصك) (١)، وأشهد الشهود الأول، وقد كتبوا في صك الإبن شهد بذلك، لا تصح شهادتهم على الملك الثاني، لأنه إقرار من الشهود بصحة الملك للإبن.

ولو كتب في صك الأول أقر البائع بما فيه (٢) ((صحت) (٣) (الشهادة للثاني) (٤). (لو) (٥) كتب في الثاني (شهد) (٦) بذلك، أما لو كتب في الصكين أقر البائع بما فيه) (٢) لم تكن شهادة بالملك لا للإبن، ولا للأجنبي.

وفيه: شرى داراً، وكتب (الشاهد) (٧) في الصك شهد بذلك، والمكتوب في الصك باع بيعاً جائزاً، ثم غير المشتري ادّعاه على المشتري، فشهد هذا الشاهد لهذا المدعي وهو مقر (أني) (٨) كتبت هذه الشهادة لا تقبل شهادته لهذا المدّعي، لأنه أقر (بأنه) (٩) للمشتري، فيصير في الشهادة الثانية متناقضاً، ولو لم يكتب الشهادة، ولكنه قال عند القاضي أنا شاهد بأنه لذي اليد، وهو المشتري، لا تقبل شهادته للخارج.

ولو كتب في الصك بمشهدي تقبل شهادته للمدّعي، وكذا لو كتب أقرّ البائع بذلك.

وفيه: ادّعاه، فقال ذو اليد ازتوخوام (١٠) (فعجز) (١١) عن البينة، فحكم (للمدعي) (١٢) ثم (ذو) (١٣) اليد ادعى شراءً من ثالث، وجاء بصك فيه خط المدعي شهد بذلك، وكتب فيه (باعه) (١٤) ولم يذكر باتاً جائزاً، كان ذلك منه إجازة لبيع الثالث. ولو كتب فيه (باع) (١٥) بيعاً جائزاً، فشهادته إقرار به لذي اليد، لأنه أقرّ أن البيع وقع جائزاً، ولو باعه، وسلمه، ثم البائع باعه من غيره، والمشتري كتب في صك

---

(١) (وكتب ...... الصك) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٢) (صحت ..... فيه) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٣) (صحت) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: صح.

(٤) (الشهادة للثاني) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: شهادة الثاني.

(٥) (لو) في: أ، ج، وفي ب، د، هـ: ولو.

(شراء) (١) الثاني، شـهد بذلك، فلو كـان المكتوب باع بيـعاً جائزاً، فـهو إقـرار بفسخ الشـراء بينه وبين البائع، لأنه أقـر أنه باع ملك نفسه، ولا يكون ملكاً للبـائع (الا) (٢) بالفسخ.

وفيه: من ادّعى ملكاً لنفسه، ثم شهد أنه ملك غـيره، لا تقبل شهادته، ولو شهد بملك (لإنسان) (٣) ثم شهد به لغيره (لا) (٤) تقبل. (٥)

---

(٦) (شهد) في: د، هـ، وفي أ، ج: شهدا، وفي ب: فشهد.

(٧) (الشاهد) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: الشهادة.

(٨) (اني) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بأني.

(٩) (بأنه) في: ب، ج، وساقطة من أ، د، هـ.

(١٠) هذه كلمة فارسية معناها: اشتريك منك. (أنظر: حاشية خيرالدين الرملي ١ :١٣٨).

(١١) (فعجز) في: ج، وفي: أ، ب، د، هـ: تعجز.

(١٢) (للمدعي) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: المدّعي.

(١٣) (ذو) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ذي، خطأ نحوي.

(١٤) (باعه) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: باع.

(١٥) (باع) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: بارع.

(١) (شراء) في د، هـ، وفي: أ، ب، ج: شراه.

(٢) (إلا) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: لا.

(٣) (لإنسان) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: الإنسان.

(٤) (لا) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٥) جامع الفصولين ١: ١٣٧ - ١٣٨، وانظر: فصول العمادي ق: ٧١نقلاً عن الفتاوى الرشيدية.

مسألة:

قال الشاهد عند القاضي: إن المدّعى (به) (١) ليس هذا، ثم شهد بعد الدعوى أن المدّعى به هذا لا تقبل للتناقض.

وقيل: وعلى قياس ما لو قال: لا ملك، ثم ادّعى أنه ملكه ينبغي أن تقبل (٢).

مسألة:

لو (وفق) (٣) الشاهد، وقال: حين تحملنا الشهادة كان سُنها كذا، والآن زاد كذا، فشهدنا بناءً عليه تقبل، كما تقبل في مسألة الدار، لما قالا: حين (رأينا) (٤) كان كذا، فشهدنا بناءً (عليه) (٥). الكل من «الفتاوى الرشيدية» (٦).

---

(١) (به) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٢) جامع الفصولين ١:١٣٨، وانظر: فصول العمادي ق: ٧١.

(٣) (وفق) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: وقف.

(٤) (رأينا) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: رأيناها.

(٥) (عليه) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٦) جامع الفصولين ١:١٣٨، وانظر: فصول العمادي ق: ٧٢.

فرع:

قال في «الجامع» (١): (شهدا) (٢) أنه أقرضه عام أول ألف درهم، فحكم به، ثم برهن المدعى عليه أن المدعي (أبرأه) (٣) قبل شهادتهما بيوم، فحكم بالبراءة، وبرد المال، (ولم) (٤) يضمنا، إذ لم يظهر كذبهما، لإمكان التوفيق لجواز، أنهما عاينا القرض عام أول، فشهدا به، ولم يعرفا البراءة (فلم) (٥) يتعرضا للحال.

وبمثله: لو لم يشهدا (بقرض) (٦)، وشهدا أن له عليه ألف درهم، والمسألة بحالها، فإنهما ضمنا، ويخير المدعى عليه ضمّن المدعي، أو الشاهدين لأنهما حققا عليه ايجاب المال في (المال) (٧)، فظهر كذبهما بخلاف الوجه الأول، لأن (ثمة) (٨) لم يحققا المال عليه في الحال، بل أخبرا عن شيئ مضى فلم يظهر كذبها.

وأوضح «محمد» رحمه الله المسألة بمسألة الطلاق (أن) (٩) المدعى عليه لو أنكر المال، وحلف، ثم شهدا بإقراره. لم يحنث لما (أنه) (١٠) لم يحققا عليه الايجاب، ولو حققا في الحال حنث فاتضح الفرق. (١١)

---

(١) الجامع الكبير: ١٥١، في الباب الثاني من كتاب الشهادات.
(٢) (شهدا) في: أ، ب، هـ، وفي ج، د: شهد.
(٣) (ابراه) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: ابرأهما.
(٤) (ولم) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: فلم.
(٥) (فلم) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ولم.
(٦) (بقرض) في: أ، د، هـ، وفي ب: للقرض، وفي ج: القرض.
(٧) (المال) في جميع النسخ وفي جامع الفصولين: الحال وهو الصحصح.
(٨) (ثمة) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: ثم.
(٩) (انّ) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: وأن.
(١٠) (أنه) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين: أنهما. وهو الصحيح.
(١١) جامع الفصولين ١: ١٣٩، فصول العمادي ق: ٧٢.
- ومسألة الطلاق التي أوضح محمد رحمه الله الفرق بها هي: «رجل قال امرأته طالق إن كان لفلان عليه شيئ، فشهد شاهدان ان فلاناً أقرضه قبل اليمين ألفاً، فقضي بها على الحالف، لم يحنث، ولو شهدا أن لفلاناً عليه ألف درهم قضي بها على الحالف، وقضي بطلاق امرأته، لأنهما شهدا ان له عليه حين شهدا ألف درهم، فقد شهدا على درهم واجبة، فإذا قضي بها، ثم علم أنه لا شيء له عليه ضمناها، ولا يشبه هذا شهادتهما على أصل القرض» . (انظر: الجامع الكبير: ١٥١).

الباب التاسع والثلاثون

في القضاء بالإستحقاق (١)، والغرور (٢)

قال «أبو الليث» (٣): الإستحقاق نوعان: مبطل للملك كعتق، ونحوه وناقل للملك، (كالإستحقاق) (٤) بالملك (٥). فالناقل للملك لا يوجب فسخ العقد في ظاهر الرواية(٦)، والمبطل (يوجبه) (٧) في كل الروايات. ثم إنهما يتفقان من وجه، (ويختلفان من وجه) (٨)، (فوجه) (٩) الإتفاق أنهما يجعلان المستحق عليه، ومن يملك ذلك الشيء من جهته، مستحقاً عليهم، حتى أن واحدا (منهم) (١٠) لو برهن على المستحق بالملك المطلق لا يقبل(١١). ووجه الإختلاف أن الناقل إذا ورد (فان كل) (١٢) واحد من الباعة، لا يرجع على بائعه، ما لم يرجع عليه، ولا يرجع (على) (١٣) الكفيل (١٤) ما لم يحكم (على) (١٥) المكفول عنه (١٦)، وفي المبطل يثبت لكل (واحد) (١٧) منهم الرجوع على بائعه، وإن لم يرجع (عليه) (١٨) (ويرجع على) (١٩) المكفول عنه. (٢٠)

---

(١) الإستحقاق لغة: طلب الحق، فالسين، والتاء للطلب، وفي المصباح ١: ١٤٤ «استحق فلان الامر استوجبه، فالأمر مستحق (اسم مفعول)، ومنه خرج مستحقاً» فصار المعنى الشرعي، موافقاً للمعنى اللغوي.

وفقهاً: ظهور كون الشيء حقاً واجباً للغير. (أنظر: حاشية رد المحتار ٥: ١٩٢) وبعبارة أخرى الإستحقاق: هو ان يدعي شخص ملكية شيء، ويثبت دعواه، ويقضي له القاضي بملكيته، وانتزاعه من يد حائزه (انظر: الفقه الإسلامي وأدلته ٥: ٣٤٨).

(٢) الغرور: هو أن يشتري رجل أمة، أو يمتلكها بسبب من أسباب الملك، كالهبة والوصية، والصدقة، فيستولدها، ثم يظهر بالبينة أنها ملك الغير، فالولد في هذه المسائل حر بالقيمة، كذا في الكافي. (انظر: الهندية ٤: ١٤٨).

(٣) المسألة منسوبة إلى كتاب الزيادات، وليس إلى ابي الليث، ولعل المصنف وهم فظن التاء التي هي في جامع الفصولين رمز لكتاب الزيادات تاءً والتي هي رمز إلى ابي الليث، والله اعلم. (انظر: جامع الفصولين ١: ١٥٠، فصول العمادي ق: ٥٧).

(٤) (كالإستحقاق) في ج وفي: أ، ب، د، هـ: كإستحقاق.

(٥) وصورة الإستحقاق الناقل للملك بأن يدعي - مثلاً - زيد علي بكر أن ما في يده من المتاع ملك له، ويبرهن على ذلك. (انظر: الدر المختار ٥: ١٩١).

(٦) الاستحقاق الناقل للملك لا يوجب فسخ العقد، لانه غير مبطل للملك، ويكون العقد موقوفاً على إجازة المستحق، أو فسخه. (انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥: ١٩٢، حاشية الدرر على الغرر ٢: ٦٩).

....

---

(٧) (يوجبه) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: يوجب.

- الضمير عائد على العقد، بمعنى ان الاستحقاق المبطل للملك يوجب فسخ العقود بين الباعة، ولا يحتاج هذا الفسخ الى حكم القاضي. (المراجع السابقة).

(٨) (ويختلفان من وجه) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٩) (فوجه) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: وجه.

(١٠) (منهم) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: منهما.

(١١) أنظر: المراجع السابقة.

- وفيها ان الحكم للمستحق هو حكم على المستحق عليه، وعلى ذي اليد، وعلى من تلقى ذو اليد الملك منه،ولو كان مورثة، فيتعدى الحكم إلي بقية الورثة، ولا تسمع دعوى الملك منهم، للحكم عليهم إلا إذا ادعوا النتاج، أو التلقي من جهة المستحق.

(١٢) (فإن كل) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فكل.

(١٣) (على) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.

(١٤) الكفيل هو الضامن بالدرك، اي ضامن الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع على البائع. (انظر: حاشية رد المحتار ٥: ١٩٣، التعريفات ١٣٨).

(١٥) (على) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: عن.

(١٦) انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥: ١٩٣

- وفيها: أنه لا يرجع أحد من المشترين بالثمن على بائعه، لأنه بمجرد الإستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية، فلم يجب على الأصل، رد الثمن، فلم يجب على الكفيل، ولئلا يجتمع ثمنان في ملك واحد، بمعنى ان عند كل واحد من المشترين ثمن، فلو رجع هو على بائعه بالثمن قبل أن يرجع عليه اجتمع في ملكه ثمنان.

(١٧) (واحد) في: أ، ج، وساقطة من ب، د، هـ.

(١٨) (عليه) في: ج، د، هـ، وفي أ، ب: اليه.

(١٩) (ويرجع على) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين: ويرجع على الكفيل وان لم يحكم على..... وهو الصحيح.

(٢٠) جامع الفصولين ١: ١٥٠، فصول العمادي ق: ٥٧، وانظر الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥: ١٩٠ وما بعدها، البزازية ٥: ٤٣١، المحيط ٤: ق ٣٦٧، حاشية الدر على الغرر ٢: ٦٩، شرح فتح القدير ٧: ٤٥ -٤٦.

- ووجه القول بأنه في الإستحقاق المبطل يرجع كل واحد من المشترين على بائعه، وإن لم يرجع عليه، وكذا يرجع على الكفيل، وان لم يرجع على المكفول عنه، لأن العقود الجارية بين الباعة تفسخ بلا حاجة إلى حكم القاضي، ولعدم اجتماع الثمنين، لأن بدل الحر لا يملك.

(انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥: ١٩٤).

وقال في «الجامع» (١) الإستحقاق ضربان: قديم ومن حقه الرجوع على بائعه بثمنه، لأنه يظهر أن باع ملك غيره (٢)، وحادث، ومن حقه أن لا يرجع على بائعه، لأنه باع ملك نفسه، ثم استحق (حدث) (٣) عند المشتري، الا يرى أنه لو شرى شيئاً فمكث عنده سنة، ثم برهن آخر أنه (له) (٤) منذ شهر، فإنه لا يرجع على بائعه بثمنه. ولو (شرى) (٥) ثوباً، فخاطه قميصاً، فبرهن آخر أن القميص له، فالمشتري لا يرجع على بائعه، إذ المبيع لم يستحق والمستحق لم يبع، إذ المبيع كرباس(٦)، والمستحق قميص، ولأنه لما خاطه قميصاً لم يجز أن يملكه أحد إلا بسبب حادث. بعد الخياطة إما (بشراء) (٧) ممن خاطه، أو بإقراره. (٨)

مسألة:

ذكر في «الذخيرة»: (أن) (٩) استحقاق المبيع يوجب توقف العقد لا نقضه في ظاهر الرواية.

وذكر «رشيد الدين»: في أن البيع متى ينفسخ؟ قيل: إذا قبض المستحق، وقيل: (بنفس الحكم) (١٠)، والصحيح أنه لا ينفسخ مالم يرجع المشتري على بائعه بثمنه، فإذا رجع ينفسخ، حتى لو أجاز المتسحق بعدما قبضه قبل أن يرجع (المستحق) (١١) على بائعه، يصح.

قال «شمس الأئمة الحلواني»: الصحيح أن البياعات لا تنفسخ بالإستحقاق ما لم يرجع كل واحد على بائعه بقضاء. (١٢)

---

(١) الجامع الكبير: ٢١٩، من كتاب البيوع.

(٢) وصورة الإستحقاق القديم، رجل غصب ثوباً، فخاطه قميصاً.
فاستحق رجل القميص، رجع المغصوب بقيمة الثوب على الغاصب. (أنظر: المرجع السابق).

(٣) (حدث) في: أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ، وفي جامع الفصولين: بسبب حدث وهو الصحيح.

(٤) (له) في: د، هـ، وساقطة من أ، ب، ج.

(٥) (شرى) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: اشترى.

(٦) الكرباس: هو الثوب الخشن، وهو فارسي معرب، بكسر الكاف، والجمع كرابيس، وينسب إليه بياعه فيقال =

(روى) (١) «أبو الليث» (٢) عن "أبي حنيفة" رحمه الله: أنه لا ينفسخ ما لم يأخذ العين (بقضاء) (٣) دليل الفسخ، فينفسخ حتى لا يحتمل الإجازة بعده.

وفي ظاهر الرواية: لا ينفسخ ما لم يفسخ، وهو الأصح. ولو استحق، فأراد المشتري (نقض) (٤) البيع بلا قضاء، ولا رضا (البائع) (٥) لا يملكه، لأن احتمال اقامة البينة على النتاج من البائع، أو على التلقي من المستحق ثابت إلا إذا حكم القاضي، (فيلزم) (٦) العجز، فينفسخ، والمشتري إنما يرجع بثمنه على بائعه لو ثبت الإستحقاق ببيّنة. (٧) أما لو ثبت بإقرار المشتري، أو بنكوله (٨)، او بإقرار وكيله بخصومة، أو بنكوله، فلا يرجع (إذ)(٩) الإقرار ليس بحجة في حق غيره، كذا في (الذخيرة)(١٠). (١١)

كرابيسي، وهو نسبة لبعض أصحاب الشافعي. (أنظر: المصباح المنير ٢: ٥٣١).

(٧) (بشراء) في: ج، د، هـ، وفي أ، ب: شراء.

(٨) جامع الفصولين ١: ١٥٠، فصول العمادي ق: ٥٧، وانظر (البزازية ٥: ٤٣١)

- قال صاحب جامع الفصولين تعليقاً على المسألة: «أقول: هذا يشعر بأن الإقرار يصير سبباً للملك، وهذا قول ضعيف».

(٩) (ان) في: د، هـ، وساقطة من أ، د، ج.

(١٠) (بنفس الحكم) في: د، هـ، وفي أ: بفسح الحكم، وفي ب: وقبل الحاكم، وفي ج: بتغير الحكم.

(١١) (المستحق) في: جميع النسخ وفي جامع الفصولين : المشتري وهو الصحيح.

(١٢) جامع الفصولين ١: ١٥١، فصول العمادي ق: ٥٧، وانظر: البزازية ٥: ٤٣٢، الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥: ١٩١، الهندية ٤: ١٤١.

- وتفسير عبارة ظاهر الرواية يأتي في كلام المصنف لاحقاً.

(١) (روى) في :ج،و وساقطة من : أ، ب، د، هـ.

(٢) المسألة منسوبة إلى كتاب الزيادات، وليس إلى أبي الليث، وهذا وهم وقع فيه المصنف أثناء نقله عن جامع الفصولين، كما حصل في أول الباب. (انظر: جامع الفصولين ١: ١٥١، فصول العمادي ق:٥٧).

(٣) (بقضاء) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين، بقضاء إذ الأخذ بقضاء. وهو الصحيح.

(٤) (نقض) في: ج، د، هـ، وفي أ، ب: بعض.

(٥) (البائع) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: البيع.

(٦) (فيلزم) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لا يلزم.

(٧) جامع الفصولين ١: ١٥١، فصول العمادي ق: ٥٧، وانظر: (شرح فتح القدير ٧: ٤٥ -٤٦، حاشية رد المحتار، ٥:١٩١، وما بعدها، البزازية ٥: ٤٣١-٤٣٢).

- ووجه القول بوجوب ثبوت الإستحقاق بالبينة، هو ان البينة حجة متعدية، تظهر في حق كافة الناس. (انظر: الدر المختار ٥:١٩٦).

(٨) والمقصود بنكول المشتري: هو ان يطلب المستحق تحليفه على أنك لا تعلم أن المبيع ملكي، فيرفض الحلف. (أنظر: الدر المختار ٥: ١٩٦).

(٩) (إذ) في: أ، ب، ج، هـ وفي د: إذا.

(١٠) (الذخيرة) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: الظهيرية.

(١١) انظر: جامع الفصولين ١: ١٥١، شرح فتح القدير ٧:٤٥، البزازية ٥:٤٣١.

مسألة :

لو استحق بشاهدين، وعدلهما المشهود (١) عليه، قال "أبو يوسف" : فإن عدلا. رجع المشهود عليه بثمنه على بائعه، وان لم يعدلا لا يقضى على المشهود (عليه) لتعديله إياهما، ولا يرجع بثمنه، لأنه (كالأقرار) (٢). أنظر: «الفتاوى الرشيدية». (٣)

مسألة :

شراه، فادعاه آخر. فقبل أن يثبت الإستحقاق، صالحه المشتري، ودفع اليه شيئاً، وأمسك المبيع، (٦) (صح، فلا يرجع على بائعه بما دفع، لدفعه برضاه، والإستحقاق لم يثبت، فلو أثبته (٤)، وحكم له، ودفع (٥) اليه شيئاً، وأمسك المبيع) (٦) يصير هذا شراءً للمبيع من المستحق. فينبغي أن يثبت (له) (٧) الرجوع على بائعه. من «المبسوط»(٨). (٩)

مسألة :

دار بيده، ادعى آخر نصفه، فصالحه على ألف، فادعى آخر نصفه، فصالحه على ألف، ثم استحق نصفه، لا يرجع على (واحد) (١٠) منهما بشيء لأن كلاً منهما يقول: بقي نصفي، ولو استحق ثلاثة أرباعه، رجع عليهما بنصف ما (أخذا) (١١). أنظر. «المنتقى». (١٢)

---

(١) المشهود عليه هو المشتري. (أنظر: حاشية رد المحتار ٥:١٩٦).

(٢) (كالأقرار) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: إقرار.

(٣) جامع الفصولين ١:١٥١، فصول العمادي ق:٥٧، وانظر: حاشية رد المحتار ٥:١٩٦، شرح الدر على الغرر ٢:٧٠، البزازية ٥:٤٣٢.

(٤) الضمير عائد على المستحق.

(٥) اي المشتري.

(٦) (صح.....المبيع) في: جامع الفصولين، وساقطة من أ، ب، ج، د، هـ.

(٧) (له) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٨) والمقصود بالمبسوط هنا: هو مبسوط السيد الاجل شجاع الدين، (انظر: فصول العمادي ق: ٥٨)، وقد كانت وفاته قبل سنة (٥٠٠ هـ) (انظر: كشف الظنون ٢:١٥٨).

(٩) جامع الفصولين ١:١٥٢، فصول العمادي ق: ٥٨.

(١٠) (واحد) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: أحد.

(١١) (أخذا) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: أخذ.

(١٢) جامع الفصولين ١:١٥٢، فصول العمادي ق:٥٨، وانظر: الهندية ٤:٢٨٢، وراجع: حاشية رد المحتار ٥:٢٠٤.

مسألة:

إستحق حماراً، فطلب ثمنه من بائعه، فقال البائع للمستحق: من كم مدة غاب عنك هذا الحمار ؟. فقال: منذ سنة، فبرهن البائع أنه في يده منذ سنتين لا تندفع الخصومة. من «المحيط». (١)

فرع:

قال المستحق: غابت الدابة عني منذ سنة، فقبل الحكم بها للمستحق برهن البائع أنها ملكه منذ عشر سنين. يقضي بها (للمتسحق) (٢)، لأنه أرخ غيبتها لا الملك، والبائع أرخ الملك، ودعواه دعوى المشتري لتلقيه من جهته، فصار كأن المشتري ادعى ملك بائعه بتاريخ عشر سنين. غير أن التاريخ لا يعتبر حالة الإنفراد عند "أبي حنيفة"، فبقي دعوى الملك المطلق، (فيحكم) (٣) للمستحق. أنظر: كتاب «الدعاوى والبينات». (٤)

---

(١) المحيط ٤:٤٩٥، جامع الفصولين ١:١٥٤، فصول العمادي ق:٥٩، وانظر (حاشية رد المحتار ٥:٢٠٢).

- ووجه المسألة: أن البائع لم يؤرخ للملك، وكذلك المستحق وإنما أرخا لليد فلذلك كانت المسألة دعوى الملك المطلق، وفيها تكون بينة الخارج أولى، إلا إذا برهن ذو اليد على النتاج. (أنظر: حاشية رد المحتار ٥:٢٠٢، المحيط ٤:٤٩٥).

- وانظر تفصيل مسالة الخارج من ذي اليد في الباب التاسع.

(٢) (وللمستحق) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٣) (فيحكم) في: د، هـ، وفي: أ، ب، ج: كحكم.

(٤) جامع الفصولين ١:١٥٤، فصول العمادي ق:٥٩، وانظر (المحيط: ٤:٤٩٥، الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥:٢٠٢ حاشية الدر على الغرر ٢:٧١).

- قال ابن قاضي سماونة في التعليق على المسألة: «أقول: يقضي بها للمؤرخ عند أبي يوسف، لأنه يرجح المؤرخ حالة الإنفراد، وينبغي أن يفتى بقول أبي يوسف رحمه الله لأنه أرفق وأظهر والله أعلم».
(إنظر: جامع الفصولين ١:١٥٤).

- ويقصد بحالة الإنفراد الواردة في كلام المصنف هو أن ينفرد الخارج أو ذو اليد بالتاريخ دون الآخر. ولا عبرة بهذا التاريخ عند أبي حنيفة ومحمد، بل العبرة عندهما بتاريخ الملك الموجود من الطرفين. (أنظر: حاشية رد المحتار ٥:٢٠٢).

فصل

المشتري يرجع على وكيل البيع (١) بقيمة البناء، وبقيمة (ولد) (٢) المغرور(٣). (٤)

ولو بنى داراً ثم شرى أرضه، فاستحق لم يرجع بقيمة بنائه. (٥) ولو شرى داراً، (وحفر) (٦) فيه بئراً، أو نقى (بالوعة) (٧)، أو (رمّ) (٨) من الدار شيئاً، ثم إستحق، لا يرجع بشيء منها، إذا الحكم (٩) يوجب الرجوع بقيمة لا بنفقة، حتى لو كتب في الصك، فما أنفق المشتري فيه، أو (رمّ) (١٠) فعلى البائع يفسد البيع (١١)، ولو حفر بئراً، وطواها (١٢) يرجع بقيمة (الطي) (١٣) لا بقيمة الحفر، ولو شرطا فسد البيع. كذا في «الفتاوى الظهيرية». (١٤)

---

(١) - اي وكيل البائع.

(٢) (ولد) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٣) ولد المغرور: هو ابن جارية شراها رجل، فظهر أنها مستحقة، فالولد حرّ، ويرجع المشتري على بائعه بقيمة الولد. (أنظر: الهندية ٤ :١٤٨).

(٤) جامع الفصولين ١ :١٥٧، فصول العمادي ق:٦٠، وانظر : (البزازية ٥: ٤٣٥ - ٤٣٦).

- وعبارة البزازية في المسألة «وإن كان البائع وكيلاً في البيع، يرجع المشتري بعد الإستحقاق على هذا الوكيل، بكل ما كان يرجع به الموكل من الثمن، وقيمة البناء والولد».

(٥) المراجع السابقة.

- وهذه المسألة منسوبة في المراجع السابقة إلى فتاوى العتابي، وهذا مخالف لما في الذخيرة، وعامة الكتب، لأن فيها ان المشتري عند الإستحقاق يرجع بقيمة البناء على البائع، إذا نقض المستحق البناء. وقد وجه صاحب البزازية قول العتابي بأنه يجوز ان يكون مراده البناء بالطين، لأنه لو نقض يعود تراباً لا قيمة له. (أنظر: الفتاوى البزازية ٥ :٤٣٥، حاشية رد المحتار ٥: ٢٠٦).

(٦) (وحفر) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: أو حفر.

(٧) (بالوعة) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: بلوعة.

- والبالوعة: ثقب ينزل فيه الماء، والبلّوعة بتشديد اللام لغة فيها. (انظر: المصباح المنير ١: ٦١).

(٨) (رمّ) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: رمى.

(٩) اي حكم القاضي بالإستحقاق. (أنظر: حاشية رد المحتار ٥: ٢٠٦).

(١٠) (رمّ) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: رمى.

(١١) وفساد البيع آتٍ من إشتراط شرط فاسد في العقد، لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه. (المرجع السابق).

(١٢) طواها: اي البئر بمعنى بناها بحجر، أو آجر. (المرجع السابق).

(١٣) (الطيّ) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٤) جامع الفصولين ١ : ١٥٧، فصول العمادي ق: ٦٠، (وانظر: البزازية: ٥: ٤٣٥، الدر المختار مع حاشية رد=

مسألة واقعة:

شرى داراً فبنى، فاستحق (بجميع) (١) ما فيـه من بناء، يرجع بثمنه (لا) (٢) بقيمة بنائه، لما مرّ أن الإستحقـاق إذا ورد على ملك المشتري لا يوجب الرجـوع على البائع، والبناء ملك المشتـري فلا يرجع به، ولأنه لما استـحق الكل، لا يقدر المشتـري أن يسلم إلى البائع، وقد مرّ أنه لا يرجع بقيمة بنائه ما لم يسلم إلى البائع. (٣)

فرع:

ولو عرف المشـتري أن الدار لغـير البائع، ولـم (يدع) (٤) البـائع، وكالتـه. فبين، فاستحق لم يـكن مغـروراً (٥). ولو لـم يعلم أنه (يبيع) (٦) بأمـره، ولكن البائـع قال أمرني ببيعه، فـشراه فبنى، ثم إستحقه (مالكه)(٧) وأنكر الأمـر بالبيع، فالمشتري يرجع على بائعه بثمنه، وبقيـمة بنائه لتحقق الغرور. كما لو شـرى (أمة) (٨) ممن يقول أمرني مالكهـا ببيعـها. فأولـدها المشتري، ثم أنكر مـالكها الأمر بالبيع، فالولد حـر بقيمـته، ويرجع المشـتري، بالثمن والقيـمة على بائعه، والولد والبناء يجـريان مجـرى واحد في الغرور. كذا في «شرح الجامع» (٩).

=

المحتار ٥: ٢٠٦).

- وخلاصة المسألة: أن المشـتري يرجع على بائعه عند ظهور الإستحقـاق بقيمة البناء قائماً لا مقلوعـاً، بعد تسليمه إياه منقوضاً على الصحيح وذلك بناءً على طلب المستحق، وتكون قيـمته يوم التـسليم، ولا يدخل في تقييم البناء النفقات من إجرة الباني ونحوه. (أنظر: حاشية رد المحتار ٥: ٢٠٥ - ٢٠٦).

(١) (بجميع) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: فجميع.

(٢) (لا) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: إلا.

(٣) جامع الفـصولين ١: ١٥٧، فصول العـمادي ق: ٦٠، وانظر: الدر المختار مع حـاشيةرد المحتـار ٥: ٢٠٦، البزازية ٥: ٤٣٦).

-والخلاف بين هذه المسألة وسابقتها هو ان المشتري في هذه المسألة لم يسلم البناء إلى البائع منقوضا، فلذلك رجع عليه بالثمن فقط، وأما فـي المسألة السابقة فإنه سلم إليه البناء منقـوضاً، فرجع عليه بقيمة البنـاء، فتامل الفرق. (أنظر: حاشية رد المحتار ٥: ٢٠٦).

(٤) (يدع) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: يدعي، خطأ نحوي.

(٥) المغرور هو: المخدوع، يقال غره غروراً أي خدعه. (أنظر: مختار الصحاح: ٤٢٧).

(٦) (يبيع) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: بيع.

(٧) (مالكه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: مالك.

(٨) (أمة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: أنه.

(٩) جامع الفصولين ١: ١٥٧، فصول العمادي ق: ٦٠، وانظر: البزازية ٥: ٤٣٦.

مسألة:

شرى كرماً، فاستحق أصل الكرم دون الشجر، والقضبان(١)، والحيطان، (فللمشتري أن) (٢) (يرد) (٣) الأشجار على البائع، ويسترد جميع الثمن، لأنه لو لم يرد (يتضرر) لأنه يؤمر بالقلع. كذا في «الذخيرة».

قال(٤) : وبمثله لو شرى حماراً مع برذعته، فاستحق الحمار لا البرذعة ليس للمشتري أن يرد البرذعة، ويرجع بكل ثمنه، بل يرجع (بحصة) (٥) الحمار وحده من الثمن، والفرق أنه (يؤمر) (٦) بقلع الشجر، فيصير حطباً. ويخرج عن (حد) (٧) الإنتفاع الذي شراه لأجله، وهذا عيب فاحش، فيثبت له حق الرد. بخلاف البرذعة لأنها لا تخرج عن إنتقاع شراها لأجله، والله تعالى أعلم. (٨)

---

(١) القضبان هي: الأغصان، وهي جمع قضيب، وهو الغصن (أنظر: مختار الصحاح: ٥٤٠).
(٢) (فللمشتري أن) في: ب، د، هـ، وفي أ، ج: فالمشتري.
(٣) (يرد) في: أ، ب، د، هـ، وفيج: يدعوا.
(٤) اي صاحب المحيط، لأن المسالة منسوبة إليه في جامع الفصولين.
(٥) (الحصة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: حصة.
(٦) يؤمر) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: لو أمر.
(٧) (حد) في: أ، ب، جـ، وفي د: هذه، وفي هـ: هذا.
(٨) جامع الفصولين ١ : ١٥٨، فصول العمادي ق: ٦٠، وانظر: المحيط ٤ : ق ٣٧١، الدر المختار مع حاشية رد المحتار: ٢٠٧.

الباب الأربعون

في القضاء (ببيع) (١) الوفاء، وأحكامه، وشرائطه وأقسامه.

إعلم أن العقد الذي شرط فيه الإقالة، إذا (ردّ) (٢) البائع الثمن، سماه الناس بيع الوفاء. وفي (المصفى) (٣) يسمونه بيع الأمانة (٤). فله حكم الرهن عند أكثر الشيوخ، فلا يباح للمشتري أن ينتفع بالمبيع، (ويسقط) (٥) الدين بهلاكه. وبعض الناس جعله باطلاً اعتباراً بالهازل، وبعضهم جعله في حكم بيع (المكره) (٦)، فينقضه المشتري إن شاء، لأنه لم يكن راضياً به.

قال «نجم الدين النسفي» (٧): اتفق في هذا الزمان على جوازه.

(قال) (٨) «صاحب النهاية» (٩): وعليه الفتوى. (١٠)

في «الخانية» (١١): الصحيح أن العقد الذي جرى بينهما، إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً، ثم ينظر إن ذكر الشرط (١٢) فيه يفسد، وإن ذكر قبله، أو بعده على وجه المواعدة، (وعقداه خالياً عن الشرط، يصح العقد، ويلزم الوفاء بالعهد، لأن (المواعدة)١٣) (١٤) قد تكون لازمة لحاجة الناس، وسيأتي لذلك مزيد بيان إن شاء الله تعالى.

---

(١) (ببيع) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بجميع.

(٢) (ردّ) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٣) (المصفى) في: جميع النسخ والصحيح: مصر. لقوله صاحب الدر المختار ٥: ٢٧٦، «ويسمى بمصر بيع الأمانة، وبالشام بيع الإطاعة».

(٤) وصورة بيع الوفاء: أن يبيعه العين بألف، على أنه إذا ردّ عليه العين رد عليه الألف، ووجه تسميته بالوفاء: أن فيه عهداً بالوفاء من المشتري بأن يردّ المبيع على البائع حين ردّ الثمن. (انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥: ٢٧٦).

(٥) (ويسقط) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: وسقط.

(٦) (المكره) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الممكن.

....

(٧) هو عمر بن محمد بن أحمد بن اسماعيل النسفي، نجم الدين، ابو حفص، مفتي الثقلين، كان إماماً فاضلاً، أصولياً متكلماً، مفسراً محدثاً، فقيهاً، حافظاً نحوياً، له من التصانيف: المنظومة في الفقة، التيسير في الفقه، وكتاب المواقيت، وكتاب طبلة الطبلة، وكما نظم الجامع الصغير. كانت وفاته سنة (٥٣٧ هـ) (أنظر: الفوائد البيهة: ١٤٩، الجواهر المضية ٢: ٦٥٧ تارج التراجم: ١٤٠).

(٨) (قال) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: قالى، خطأ مطبعي.

(٩) هو الحسن، وقيل الحسين بن علي بن حجاج بن علي الإمام الملقب حسام الدين السغناقي، نسبة إلى سغناق، وهي بلدة في تركستان. كان فقيهاً نحوياً أصولياً. له من التصانيف: شرح الهداية المسمى بالنهاية، والكافي شرح أصول البزودي، وغيرها وكانت وفاته سنة (٧١٤هـ) (انظر: الفوائد البهية: ٦٢، تاج التراجم:٦٣، الجواهر المضيّة ٢٠٩:٣).

(١٠) انظر: البزازية ٤: ٤٠٥ - ٤٠٩، الخانية، ٢: ١٦٤، الهندية ٣: ٢٠٩، الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥: ٢٧٦، جامع الفصولين ٦٩/١.

- استقر رأي الفقهاء في المذهب أخيراً على أن بيع الوفاء يشبه ثلاثة عقود، البيع الصحيح، والبيع الفاسد، والرهن، فأعطي من كل واحد من هذه العقود ما يناسب غايته من الأحكام. (أنظر: البزازية ٤: ٤٠٩، حاشية رد المحتار ٥: ٢٧٧، المدخل الفقهي للأستاد الزرقاء ٢: ٢٠٥، ٥٤٤).

(١١) الخانية ٢: ١٦٤.

(١٢) اي شرط الفسخ (المرجع السابق).

١٣) (المواعدة) في ب، و في: أ، ج، د، هـ: المواعيد.

(١٤) (عقداه ..... المواعدة) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

عن «فتاوى النسفي» قال: البيع الذي (تعارف) (١) أهل زماننا إحتيالاً للربا، وسموه بيع الوفاء هو رهن في الحقيقة، لا يملكه (٢)، ولا ينتفع (به) (٣) إلا بإذن مالكه، وهو ضامن لما أكل من ثمره، وأتلف من شجره، (ويسقط) (٤) الدين (بهلاكه) (٥) لو بقي (٦)، (لا) (٧) يضمن (الزيادة) (٨)، وللبائع (استرداده) (٩) إذا قضى دينه، لا فرق عندنا بينه، وبين (الرهن) (١٠) في حكم من الأحكام (١١)، لأن المتعاقدين، وإن سمياه البيع، ولكن غرضهما الرهن، والإستيثاق بالدين. إذا العاقد يقول لكل (أحد) (١٢) بعد هذا: رهنت ملكي فلاناً، والمشتري يقول: ارتهنت (ملك) (١٣) فلان. والعبرة (في التصرفات) (١٤) للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ، والمباني. فإن الحوالة بشرط أن لا يبرأ كفالة، والكفالة بشرط البراءة حوالة، وهبة الحرة نفسها بحضرة الشهود مع تسمية المهر نكاح، (والإستصناع) (١٥) الفاسد إذا ضرب فيه الأجل سلم، ونظائره كثيرة. (١٦)

---

(١) (تعارف) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: تعارفه.
(٢) (به) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(٣) الضمير عائد على المبيع في بيع الوفاء.
(٤) (ويسقط) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: سقط.
(٥) (بهلاكه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لهلاكه.
(٦) اي الدين.
(٧) (لا) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين: ولا، وهو الصحيح.
(٨) الزيادة في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الزائر.
- ويقصد بالزيادة: زيادة الرهن ونماءه، مما يدخل في الرهن تبعاً، كالولد واللبن، والثمرة ونحوها، من كل زيادة متولدة منفصلة، فإنه إذا هلك النماء، أو الزيادة هلك هلاك أمانة، لأن الزيادة لم تدخل في الرهن إلا تبعاً للأصل. (أنظر: البدائع ٦: ١٥٦ -١٥٧).
(٩) (استرداده) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: استردادها.
(١٠) (الرهن) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الدين.
(١١) أنظر: أحكام الرهن في: البدائع ٦: ١٥٤ وما بعدها.
(١٢) (أحد) في: أ، وفي: ب، ج، د، هـ: واحد.
(١٣) (ملك) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: ملكي.
(١٤) (في التصرفات) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بالتصرفات.
(١٥) (الإستصناع) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: الإستبضاع.
(١٦) جامع الفصولين ١: ١٦٩ - ١٧٠، فصول العمادي ق: ٧٣، وانظر: (حاشية رد المحتار ٥: ٢٧٦، الهندية ٣: ٢٠٩، وراجع: الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٣: ٢٤٩ - ٢٥٠).

قال «السيد الإمام» (١): قلت «للإمام الحسن الماتريدي» (٢)، قد (فشا) (٣) هذا البيع بين الناس، وفيه مفسدة عظيمة، وفتواك أنه رهن، وأنا أيضاً على ذلك، فالصواب أن نجمع الأئمة، ونتفق على هذا. ويظهر بين الناس، فقال: المعتبر اليوم فتوانا، وقد ظهر (ذلك) (٤) بين الناس، فمن خالفنا، فليبرز، وليقم دليله. (٥)

وقيل: هو بيع جائز. (٦)

---

(١) هو: محمد بن أحمد بن حمزة بن الحسين، من نسل العباس بن علي بن أبي طالب، والمشتهر بالسيد أبي شجاع، والسيد الإمام، وكان في عصر ركن الإسلام القاضي السغدي، والإمام الحسن الماتريدي، وكان إذا وقع منهم فتوى، واتفاق على مسألة، ربما يقول بعضهم لبعض: نجمع المشايخ والأئمة، ونتفق على هذا، ونظهره بين الناس، فيقول بعضهم لبعض: المعتبر فتوانا، فمن خالف، فليقم وليبرز دليله، كانت وفاة السغدي المعاصر للسيد ابي شجاع سنة (٤٦١هـ). (أنظر: الجواهر المضيّة ٤: ٥٣، الفوائد البهية: ١٥٥).

(٢) هو الحسن القاضي الماتريدي، كان رفيقاً للسيد أبي شجاع، وللقاضي السغدي، انتهت اليه رياسة الحنفية في زمانهم. (أنظر: الفوائد البهية: ٦٥، الجواهر المضيّة ٤: ٥٣).

(٣) (فشا) في: د، هـ، وفي: أ، ب، ج: تفشت.

(٤) (ذلك) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.

(٥) جامع الفصولين ١: ١٧٠، فصول العمادي ق: ٧٣، وانظر (حاشية رد المحتار ٥: ٢٧٦، البزازية ٤: ٤٠٥).

(٦) القول بالجواز منسوب إلى القاضي الإمام الزاهد علي الرامتني. (المرجع السابق)

-وقد سبق البيان في أول الباب إن الذي استقر على رأي الفقهاء في المذهب هو جواز بيع، الوفاء، وعليه الفتوى.

- وقد أوضح الأستاذ مصطفى الزرقاء في كتابه المدخل الفقهي ٢: ٩٠٦، سبب تضارب أقوال فقهاء الحنفية في تصحيح بيع الوفاء بقوله: «فالشروط التي تعتبر عند الحنفية مفسدة بحسب تفسيرهم لهذا النص الوارد في السنة - وهو ما روي - عنه عليه الصلاة والسلام أنه قد «نهى عن بيع وشرط» - إذا تعورف شيء منها يصبح بالعرف صحيحاً ملزماً واجب الإحترام شرعاً، ولو كان العرف فيه حادثاً.

ومن فروع هذا النظر تصحصحهم بيع الوفاء لجريان العرف، به، رغم أنه في الأصل يقوم على أساس اشتراط مفسد عندهم، وقد أفتوا أولاً بفساده قبل أن يفشو فيه العرف».

وسئل(١) عـمن باع نصف كرمـه من آخـر بيع الوفاء، وخـرج هو في الصـيف إلى كـرمه بأهلـه، وأخرج هذا المشـتـري أهله، وأدركت الغـلات، فأخـذ البـائع نصـفهـا، والمشتري نصـفها، هل للبائع إذا تقـايلا البيع، وأعطاه (ثمن) (٢) ما شـراه أن يطالبه بما حمل من الغلات ؟ (قال) (٣): لو (أخذه) (٤) بغير رضا البـائع، فللبائع أن يطالبه به لا لو أخذه برضاه، ويكون ذلك هبـة منه. قال: ولا بدّ من التفصيل فـيه، فإنّ ربّ الكرم هو الذي نقله الى كـرمه، فيـحتـمل الأخذ برضاه، وبـغير رضـاه، فأما لـو شرى كله، وقبضـه، وأخذ غـلاته، والأخذ بغـير، رضـا البـائع، فهـو في الحقـيقـة رهن، وليس للمـرتهن أن يأكل غلة (الرهن) (٥)، فإذا أكلهـا ضمنها، فأفـتينا بالضمـان على الإتفاق لذلك من «مجمع النوازل». (٦)

قال «النـسفي» : إتفق مـشايخ زماننـا على (صحة تـعامل) (٧) ما كـان عليه بعض السلف، لأنهـمـا تلفظا بلفظ البـيع بلاذ كـرشرط فـيه، والـعبـرة للملفـوظ أيضـاً دون المقصود، فإن من تزوج إمرأة. (بنيته)(٨) أن يطلقها بعدما (جامعها) (٩) صح العقد. (١٠)

---

(١) اي القاضي الزاهد على الرامتني، المنسوب اليه القول بالجواز في المسألة السابقة. (أنظر: البزازية ٤: ٤٠٥).
(٢) (ثمن) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: ثم.
(٣) (قال) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: قالوا.
(٤) (أخذه) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: أخذ.
(٥) (الرهن) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: الراهن.
(٦) جامع الفصولين ١: ١٧٠، فصول العمادي ق: ٧٣، وانظر: (البزازية ٤: ٤٠٥).
(٧) (صحة تعـامل) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: صحته بيـعاً على، ولعل الصحيح مـا في فصول العمادي: صـحته تبعاً على.
- اي اتفق المشايخ على صحة بيع الوفاء، إتباعاً لما عليه بعض السلف، والله اعلم.
(٨) (بنيّته) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: ونيّته.
(٩) (جامعها) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: بجامعها.
(١٠) جامع الفصـولين ١: ١٧٠، فصول العمادي ق: ٧٣، وانظر: البزازية ٤: ٤٠٦، وراجع، شـرح فتح القدير ٣: ٢٤٩.
- اقول: مـسألة جـواز الزواج بنيّة الطلاق وان الطلاق لا يقع إلا بلفـظ، فلو نواه في قلبه لم يقع هـو قول عامـة أهل العلم منهم عطاء، وجابر بن زيد، وسعـيد بن جبير، ويحيي بن أبي كـثير، والشافعي، واسحـقاق وغيرهم، وهذا متعارض مع القول بأن العبرة في العقود للمقاصد والمباني، لا للالفاظ، والمعاني فتأمل ذلك، والله تعالى أعلم.
(انظر: المغني ٧: ١٢١، المهذب ٢: ٤٧).

مسألة:

(مستفت) (١) قال «للنسفي»: بعت حانوتاً بأربعمائة درهم، ثم طلب المشتري إقالة البيع، ورد الثمن، وهو يقول: بعتني بيع الوفاء، وأنا أقول: (له) (٢) بعتك باتاً، فأجاب: إن القول قولك، فقال السائل: لو حلفني على ذلك، هل يسعني أن أحلف، وكان نيّتي أن آخذ الحانوت منه، (وأردّ) (٣) الثمن اليه بعد زمان، وكان قصد المشتري ذلك، (كما) (٤) هو العرف، إلا أنني لا أقدر اليوم (٥) أن أنقد الثمن ؟. أجاب: إنما ذكر ذلك قبل العقد، وما كان في القلب عند العقد، لا عبرة لذلك. لو لم يذكر عند العقد، وما كان في القلب عند العقد، لا عبرة لذلك، لو لم يذكر عند العقد سوى الإيجاب، والقبول، ولك أن تحلف أنك بعته بيعاً باتاً، فدل هذا أن العبرة للملفوظ، وقد تلفظا بلفظ البيع لا الرهن، فاعتباره بيعاً أولى. إلا أنه يشكل بأن المبيع إذا إحتاج إلى العمارة، فالبائع يعمره، ويؤدي خراجه أيضاً. والجواب: أنه يفعل ذلك إختياراً لا جبراً، حتى لو امتنع لا يجبر، فكذا لا يجبر على ترك الوفاء بذلك، ويجعل البيع باتاً، وللمشتري (حق طلب) (٦) الثمن لا غير، فإن إنتقص المبيع، (بأن) (٧) كان داراً، فانهدم لا يجبر البائع على ردّ الثمن، لأنه كبيع جديد. ولو كان المبيع قناً. أو دابة، فهلك عند المشتري، فلا شيء لواحد منهما على الآخر. (٨)

---

(١) (مستفت) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: مستفتي.

(٢) (له) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٣) (وارد) في: أ، ب، د، ج، وفي هـ: ورد.

(٤) (كما) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: لما.

(٥) (على) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.

(٦) (حق طلب) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: طلب حق.

(٧) (بان) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: فان.

(٨) جامع الفصولين ١ : ١٧٠ ، فصول العمادي ق: ٧٣، وانظر: (البزازية ٤ : ٤٠٦)

- قال خير الدين الرملي في حاشية على جامع الفصولين ١ : ١٧٠ ، تعليقاً على جواب الإشكال الذي أورده المصنف قال: «هذا لا يدفع الإشكال، فإن الظاهر ان الشخص لا يعمر إلا ملكه، ولا يؤدي إلى اخراج ملكه، وكونه يعمر لغيره متبرعاً نادر لا حكم له، فتأمل».

مسألة:

لو شرطا (التلجئة) (١) في البيع، فسد البيع، ولو تواضعا قبل البيع، ثم تبايعا بلا ذكر شرط جاز البيع عند "أبي حنيفة"، إلا إذا تصادقا أنهما تبايعا على تلك المواضعة، فكذا لو تواضعا الوفاء قبل البيع ثم عقدا بلا شرط الوفاء، فالعقد جائز، ولا عبرة للمواضعة السابقة. من «مختلف الرواية». (٢)

مسألة:

تبايعا بلا ذكر شرط الوفاء، ثم شرطاه، يكون بيع الوفاء، إذا الشرط اللاحق يلتحق بأصل العقد، عند "أبي حنيفة". من «فوائد شيخ الإسلام برهان الدين». (٣)

مسألة:

الشرط الفاسد إذا ألحق بالعقد يلتحق عند "أبي حنيفة"، لا عندهما. عن «مختصر (الجصاص) (٤)» (٥).

وهل يشترط الإلحاق في مجلس العقد لصحة (الإلحاق) (٦)؟ إختلف المشايخ فيه، والصحيح أنه لا يشترط. من «فوائد صاحب المحيط». (٧)

---

(١) (التلجئة) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: التجلية.

- والتلجئة أو المواضعة هي: أن يتظاهر، أو يتواطأ شخصان على إبرام عقد صوري بينهما، إما بقصد التخلص من اعتداء ظالم على بعض الملكية أو اظهار بدل اكثر من البدل الحقيقي ابتغاء الشهرة، والسمعة، أو لتغطية اسم الشخص الذي يعمل لمصلحته باطناً (قضية الاسم المستعار)، اي ان المواضعة إما أن تكون في أصل العقد، أو في مقدار البدل، أو في الشخص. (انظر: الفقه الإسلامي وأدلته ٤ : ١٩٣، وراجع الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥ : ٢٧٣ - ٢٧٤).

(٢) جامع الفصولين ١ : ١٧١، فصول العمادي ق: ٧٣، وانظر (البزازية ٤ : ٤٠٧، الدر المختار مع حاشية رد المحتار، ٥ : ٨٤، ٢٧٥، الهندية ٣ : ٢٠٩، الخانية ٢ : ١٦٥).

(٣) المراجع السابقة.

- وقد ذهب ابن عابدين في الحاشية ٥ : ٨٤، إلى ترجيح قول الصاحبين الذي مفاده بأن الشرط الفاسد لا يلتحق بأصل العقد، وهو رواية ثانية عن أبي حنيفة رحمه الله.

(٤) (الجصاص) في: أ، وفي: ب، ج، د، هـ: الخصاف.

(٥) انظر: المراجع الواردة في المسألة السابقة.

(٦) (الإلحاق) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: الإلتحاق.

(٧) المراجع السابقة.

مسألة:

باع كرماً بيعاً جائزاً (١)، فمضى بعض المدة، وخرج (الثمر) (٢)، ثم باعه (٣) من المشتري جائزاً بيعاً باتاً (٤)، ولم يذكر (الثمر) (٥)، (فالثمر) (٦) للبائع لا للمشتري. ولو شراه جائزاً، فآجره من غيره، ثم البائع باعه من غيره (٧)، في أول الشهر مثلاً، والمشتري جائزاً، أجازة في نصف الشهر، فأجرة نصف الشهر للمشتري جائزاً. (٨)

وأصله: أن الفسخ إذا كان من المشتري في شراء الوفاء، لم يكن (عذراً) (٩)، ولا يظهر في حق المستأجر (١٠)، لأنه ليس بمضطر فيه. لأنه (كبيع) (١١)، والبيع ليس بعذر لو لم يكن على البائع دين. وهنا المشتري غير مضطر في اجازة هذا البيع، فتبقى الإجارة، (وإذا)(١٢) بقيت، والعاقد هو المشتري كانت الأجرة له، وعلى هذا أجرة ما بقي من المدة بعد الإجازة تكون للمشتري شراء جائزاً (ولو) (١٣) فسخه البائع، (فإن) (١٤) كانت الإجارة مدة متعارفة (لم) (١٥) يظهر في حق المستأجر. ولو كانت مدة غير متعارفة بأن آجر عشر سنين لا تبقى الإجارة، لأنا لو قلنا (بأنه) (١٦) لا تنفسخ (يتفاحش) (١٧) الضرر، بخلاف تعارف المدة لقلة الضرر. ولو طالب المشتري البائع بثمنه فدفع يجب أن لا ينفسخ البيع في حق المستأجر (إذا) (١٨) له (١٩)، أن يمتنع عن أداء الثمن ما لم تنفسخ الإجارة. كذا قاله «شيخ الإسلام برهان الدين». (٢٠)

---

(١) اي بيع وفاء، لان البعض يسميه البيع الجائز. (انظر: البزازية ٤: : ٥٠٤). وكلما وردت عبارة (بيعاً جائزاً) في المسألة عني به بيع وفاء.
(٢) (الثمر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الثمن.
(٣) الضمير يعود على البائع الأول، وهو المالك الأصلي للكرم.
(٤) اي باع بيعاً باتاً من ذات الشخص الذي باعه سابقاً بيع وفاء. (المرجع السابق).
(٥) (الثمر) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: الثمن.
(٦) (الثمر) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: الثمن.
(٧) اي ان البائع الأصلي باع كرمه ثانية من غير الشخص الذي اشتراه أول مرة وفاءً. (المرجع السابق).
(٨) جامع الفصولين ١: ١٧٤، فصول العمادي ق: ٥٧، وانظر: البزازية ٤: ٤١٤، الدر المختار ٥: ٢٧٨).
(٩) (عذراً) في: د، هـ، وفي ج: شراءً، وفي أ، ب: مراداً.
(١٠) اي فسخ الإجارة.
(١١) (كبيع) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: كالبيع.
(١٢) (وإذا) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: اذا.
(١٣) (ولو) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: فلو: والصحيح ما أثبتناه، لأنه استئناف كلام جديد. =

فرع:

المؤجر باع المستأجر من أجنبي، ثم المشتري دفع ثمنه إلى المستأجر بجهة (١) مال الإجارة، فهو متبرع لو كان المؤجر حاضراً. وإلا فلا، لأنه مضطر في الأداء ليخلص ملكه (كمعير) (٢) (الرهن) (٣) وعند حضوره ليس بمضطر فيه، لأنه يمكنه أن يدفع الثمن إلى المؤجر، ليقضي المؤجر مال الإجارة فيسلم للمشتري ملكه. أنظر: «الذخيرة». (٤)

مسألة:

(قال في «العدة») (٥): باعه بإذن مستأجره، فأدى (المشتري) (٦) مال الإجارة إلى مستأجره بغير أمر المؤجر، ليسلم له المبيع، يكون متبرعاً، بخلاف معير الرهن، ولو باعه وفاءً، فباعه من غيره باتاً (٧)، فباعه المشتري باتاً بعضه، أو كله، فأجاز المشتري شراءً جائزاً (٨) البيع البات، لا ينفذ بيع المشتري فإن المشتري من الغاصب لو باع ثم (أجاز) (٩) مالكه البيع الأول، لا ينفذ بيعه. (١٠)

=

(١٤) (فان) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: وإن.

(١٥) (لم) في: ج، د، هـ، وفي أ، ب: ولم.

(١٦) (بانه) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج. وفي جامع الفصولين: بانها: وهو الصحيح.

(١٧) (يتفاحش) في: ب، د، هـ، وفي أ، ج: بفاحش.

(١٨) (إذا) في: أ، ب، ج، وساقطة من د،هـ.

(١٩) الضمير يعود على البائع.

(٢٠) المراجع السابقة.

(١) اي عوض مال الإجارة الذي دفعه المستاجر إلى المؤجر. (انظر: البزازية ٤: ٤١٦).

(٢) (كميعر) في: د، هـ، وفي أ: كموت،وفي ب: بموت.

(٣) (الرهن) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: الراهن.

- ومعنى قوله: «كمعير الرهن» هو ما قرره الحنفية من جواز رهن المستعير للعارية. بإذن المعير، ويكون للميعر الحق في طلب فكاك الرهن في أي وقت شاء، لان العارية عقد غير لازم، فإن لم يفعل الراهن، كان للمعير أن يقضي الدين ، ويفك الرهن، ويرجع علي الراهن بما دفع، ولا يكون متبرعاً. لأنه مضطر في ذلك لوصوله إلى ماله. (انظر: تحفة الفقهاء ٣: ٦٤ - ٦٥) وراجع: الفقه الإسلامي وأدلته ٥: ٢٢٩- ٢٣٢.

(٤) جامع الفصولين ١: ١٧٥، فصول العمادي ق: ١٧٥، وانظر: (البزازية ٤: ٤١٦).

(٥) (قال في العدة) في: أ، د، هـ،وفي ج: قال في الذخيرة، وساقطة من ب.

(٦) (المشتري) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.

(٧) اي ان البائع الأصلي (الأول) باع المبيع ثانية بيعاً باتاً.

(٨) اي وفاءً.

(٩) (أجاز) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: اجازة.

(١٠) المراجع السابقة.

فرع:

الكفالة بمال الوفاء يصح مضافاً لا في الحال، إذ المال يجب على البائع بعد الفسخ لا في الحال. من فتاوى «الفضلي». (١)

مسألة:

استأجر أرضاً (فزرعه) (٢)، ثم تفاسخا، والزرع بقل، هل تترك الأرض في يد المستأجر بأجر (مثله) (٣) إلى حصاده، أم يؤمر بقلعه ؟.

(قيل): لا يترك. إذ المستأجر رضي ببطلان حقه في الزرع حيث أقدم على الفسخ باختياره.

وقيل: يترك، دّل عليه مسألة صورتها: دفع أرضه مزارعة. (فزرع) (٤) في آخر السنة، ليس لرّب الأرض قلعه، فيترك بأجر مثل الأرض حكماً إلى حصاده صيانة لحق الزارع. وقد رضي المزارع هنا ببطلان حقه في الزرع، حيث أخر الزرع إلى آخر السنة، ومع ذلك تترك بأجر المثل، وفي هذا الفصل أيضاً، لو مضت مدة الإجارة، وقد غرس المستأجر فيه شجراً فالصحيح أنه يؤمر بقلعه، إلا أن يجب على المؤجر قيمة الشجر (مقلوعة) (٥) بخلاف الزرع، فإنه يترك بأجر مثله إلى الإدراك، إذ الزرع له نهاية بخلاف الغرس، أنظر أصل المسألة في: «الذخيرة»، والله أعلم. (٦)

---

(١) جامع الفصولين ١ : ١٧٥ ، وانظر: (البزازية ٤ : ٤١٧).

(٢) (فزرعه) في: أ، ب، ج،وفي د، هـ، فزرعها.

(٣) (مثله) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: مثلها.

(٤) (فزرع) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: فزرعه.

(٥) (مقلوعة) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: مقلوعاً.

(٦) جامع الفصولين ١ : ١٦٧ ، فصول العمادي ق: ١ ٧٦ - ٧٧، وانظر: البزازية ٤ : ٤١٩ .

- أقول: المسألة التي ذكرها المصنف وردت في المراجع السابقة الذكر بإعتبارها. مقيساً عليه، حيث أن المسألة الأصيلة تتعلق بموضوع البحث وهو بيع الوفاء وهي على الصورة التالية (باع أرضه وفاءً، فزرعه المشتري، ثم أدى البائع مال الوفاء إلى المشتري حتى إنفسخ البيع، والزرع بقل، هل يجبر المشتري على تفريغ الأرض، أو يترك في يده بأجر مثله ؟ . أجاب بعضهم: بأنه لو أدى البائع بطلب المشتري يجبر على تفريغه. لا لو أداه بلا طلبه. بل يترك في يده بأجر مثله، ولو قيل: انه يترك في يده في الوجهين فله وجه: فأنه ذكر في الذخيرة. . . . . الخ».
ومسألة الذخيرة هي التي ذكرها المصنف رحمه الله، فتأمل. (أنظر: المراجع السابقة).

الباب الحادي والأربعون

في القضاء بدعوى النكاح، والمهر، والنفقة، ودعوى الجهاز، وما يتعلق به

قال في «الذخيرة»: برهن على نكاح إمرأة تقول أن لي زوجاً في بلد كذا، وسمته أو لا، فإنه يحكم (له) (١)، وإقرارها لغيره لا يمنع من الحكم ببيّنة المدعي.

ادعى نكاحها، فأنكرت، ولكن لم تقر لغيره، ثم أقرت لهذا المدّعي. يسمع إقرارها. ولو أقرت لآخر (ثم) (٢) لهذا المدعي لا يسمع إقرارها لهذا المدعي، ولو تزوجها، ثم أنكرت النكاح، وتزوجت بآخر، وقد مات شهود الأول ليس له أن يخاصمها، إذ الخصومة لتحليف (يقصد به) (٣) (يكون إقراراً) (٤).

ولو (أقرت) (٥) صريحاً بنكاح الأول بعدما تزوجت بالثاني لم يجز اقرارها، ولكن الأول (حلف) (٦) الثاني على العلم، فإن نكل صار مقراً ببطلان نكاحه، فالآن (يحلف على البتات) (٧).

والحاصل أنه لو ادّعى نكاح إمرأة هي في (غيره) (٨)، ولا بيّنة للمدعي إستحلف الزوج، والمرأة، ويبدأ بيمين الزوج على العلم، فإن حلف إنقطعت الخصومة فإن نكل (يحلف بتاتاً) (٩) فإن نكلت فهي للمدعي.

ادعت أنه نكحها، فأنكر، ثم أقر جاز، وكذا لو ادعى فأنكرت، ثم أقرت وليس انكار الزوج النكاح كإدعائه الفسخ، وتمامه في «الذخيرة». (١٠)

---

(١) (له) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فيه.

(٢) (ثم) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.

(٣) (يقصد به) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين: يقصد به نكول وهو الصحيح.

(٤) (يكون إقراراً) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: يكون هو اقرار.

- اي يكون النكول اقراراً.

=

مسألة :

(إدعى) (١) نكاحها، فأنكرت، وأقرت به لرجل حاضر، وصدقها المقر له، فإن برهن المدعي يحتاج المقر له إلى البينة على هذا المدعي بحضرة (المرأة) (٢)، فلو برهن المقر له بعدما برهن المدعي يترجح المقر له (بالبيّنة) (٣) والإقرار.

أنظر: «شروط الحلواني». (٤)

=

- ومسألة عدم جواز القضاء بالنكول في دعوى النكاح هي على قول ابي حنيفة رحمه الله، خلافاً لصاحبيه، وقد سبق ذكر المسألة في الباب الثامن.

(٥) (اقرت) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: أقرّ.

(٦) (حلف) في جميع النسخ وفي جامع الفصولين: يحلف،وهو الصحيح.

(٧) (يحلف على البتات) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين: تحلف المرأة على البتات. وهو الصحيح.

(٨) (غيره) في: د، ه، وفي أ، ب، ج: الغير.

(٩) (يحلف بتاتاً) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين: تحلف المرأة بتاتاً، وهو الصحيح.

(١٠) جامع الفصولين ١ : ١٨٣، فصول العمادي ق: ٥٢،(وانظر: البزازية ٤ : ١٤٧- ١٤٩،الخانية١ :٤٠٤- ٤٠٥).

(١) (ادّعى) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ادّعت.

(٢) (المرأة) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: المدعي المرأة.

(٣) (بالبيّنة) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: البيّنة.

(٤) جامع الفصولين ١ : ١٨٣، فصول العمادي ق: ٥٢، . وانظر (الخانية ١ : ٤٠٦ - ٤٠٧)

فرع:

وفي «المحيط» (١) برهنا على النكاح، فلو كانت في بيت أحدهما، أو دخل بها، فهي له، إذ دخوله، ونقلها دليل سبق عقده إلا إذا سبق تاريخ الآخر فحينئذ (يسقط)(٢) اعتبار دليل السبق (عند التصريح بالسبق) (٣). ولو لم تكن في بيت أحدهما، ولا دخل بها فلو وقّتا، فالأول أولى، ولو لم (يؤقتا) (٤)، أو وقّتا سواء، فمن زكيت بينته أولى، ولو زكيتا تسأل المرأة فلو لم تقر لأحدهما (بالتقدم) (٥) فرق بينها، وبينهما، ولو أقرت لأحدهما بالتقدم فهي له، إلا إذا سبق تاريخ بينة الآخر، وهذا لأن العمل بالبيّنتين متعذر فسقطا، وبقي تصادق أحدهما (معها) (٦)، فيثبت النكاح بينهما بتصادقهما(٧)، وهذا كله فيما (إذا) (٨) تنازعا حال حياة المرأة، وأما بعد موتها، فعلى وجوه، ولا يعتبر فيه الإقرار، واليد، فلو أرخا، فهي لمن سبق تاريخه، ولو لم يؤرخا أو أرخا سواء فهي لهما يجب على كل منهما نصف المهر، ويرثانها إرث زوج. والفرق بين حياتها، وموتها أن الغرض في حياتها (هو) (٩) المرأة، وهي لا تقبل الشركة، والغرض في موتها هو (الإرث) (١٠) وهو مال يقبل الشركة، فإن ولدت يثبت نسبه منهما، ويرث من كل منهما إرث ابن كامل، إذ البنوة لا تتجزأ جملة (١١). (١٢).

---

(١) المحيط: القسم الثاني من المجلد الأول ق: ٤٣٩.

(٢) (يسقط) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: سقط.

(٣) (عند .... السبق) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: عند السبق تاريخ الآخر على التصريح
-ويضاف إلى ما قاله المصنف: ان الترجيح يحصل باليد عند تعارض البيّنتين (انظر: المبسوط ٥: ١٥٦).

(٤) (يؤقتا) في: أ، د، هـ،وفي ب، ج: يؤقت.

(٥) (بالتقدم) في: أ، ب، وساقطة من ج، د، هـ.

(٦) (معها) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: معه.

(٧) ومن الأحكام المتعلقة بالمسألة حال حياة المرأة: المهر، والحدّ وفيهما قال السرخسي في المبسوط ٥: ١٥٦: «فإن كانا لم يدخلا بها فلا مهر لها، لان نكاح واحد منها لم يثبت، ولأن الفرقة لمعنى من جهتها فلا مهر لها قبل الدخول، وإن كانا قد دخلا بها، ولا يدرى أيهما أول، فعلى كل واحد منهما الأقل مما سمي، ومن مهر المثل، لأن كل واحد منهما إن تقدم نكاحه تأكد المسمى بالدخول، وإن تأخر فلها مهر المثل لسقوط الحد بشبهة العقد، غير أن المال لا يجب بالشك، وإنما يجب القدر المتيقن، والمتيقن هو الأقل، فلهذا كان على كل واحد منهما الأقل من المسمى، ومن مهر المثل».
=

فصل

ادّعت نكاحه في ربيع كذا، والمهر في تركـته، والورثة برهنوا أن مورثهم مات في صفر، لا تقبل بيّنتهم ، لأنهم أثبتوا الموت والموت لا (يدخل) (١) تحت الحكم. (٢)

مسألة :

قال في «فتاوى أهل سمرقند»: ادّعت مهر المثل، ثمّ ادّعت المسمى يقبل، (إذ) (٣) المسمى يتـصور بعد ثبوت مـهر المثل في نكاح واحد، بأن سـمى بعد نكاح بلا تسمـية. ولو ادّعت المسمى، ثمّ مهر المثل لا يقبل. (٤)

=

(٨) (إذا) في: ب، وفي د، هـ: لو وساقطة من أ، ج.

(٩) (هو) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: هي.

(١٠) (الإرث) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الأرض.

(١١) ويرد في مسـألة ميراث الولدمنهـما خلاف زفـر رحمه الله: حيث إنه يرى أنه يرث منهما نصف ميراث الابن، قياساً على ميراثهما منه.

وقد قال السـرخسي في المبسوط ٥: ١٥٦، رداً على زفر«ولكنا نقـول: هو ابن لكل واحد منهما كما قـال علي، وعمر رضي الله عنهما: «هو ابنهما ويرثهـما» وهذا لأن البنوة لا تحتمل التجزى، إلا أن في جانبهما تحقق المزاحمة فتثبت المناصفة، وفي جانبـه لا مزاحمـة، فيـرث من كل واحد منهـما ميـراث ابن كامل، حـتي لو إنعدمت المزاحـمة في جانبهما بأن مات أحدهما قبل الغلام أحرز الثاني من مال الغلام ميراث أب كامل».

(١٢) جـامع الفصـولين ١٨٤ - ١٨٥، فـصـول العمـادي ق: ٥٣، وانظر: (المبـسـوط ٥: ١٥٦ - ١٥٧، الخانيـة ١: ٤٠٥).

(١) (يدخل) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: يخل.

(٢) جامع الفصولين ١: ١٥٨، وانظر: (الهندية ٣: ٥١٣، البزازية ٥: ٣٦٨).

- قال في البزازية ٥: ٣٦٨، «يوم الموت لا يدخل تحت القضـاء، حتى لو برهن الوارث على موت مورثة في يوم، ثم برهنت المرأة على أن مورثه نكحهـا بعد ذلك اليوم يقضى لها بالنكاح. يوم القتل يدخل تحت الـقضاء حتى لو برهن الوارث على أنه قتل يوم كـذا، فبرهنت المرأة على المقـتول هذا نكحها بعـد ذلك اليوم، لا يقبل، وعلى هذا جميع العقود والمدانيات».

(٣) (إذ) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لأن.

(٤) جامع الفصولين ١: ١٨٧، فصول العمادي ق: ٥٤، وانظر : (البزازية ٥: ٣٦٨ - ٣٦٩).

قال في البـزازية: «ادعت مهر المثل ثم المسـمى يسمع، وعلى القلب - اي العكس - لا، لإرتفـاع مهر المثل بالتـصادق على المسمى، وعدم ارتفاع المسمي أصلاً، ولو بالتراضي».

مسألة :

من «النوازل»: مات، فادّعت (امرأته) (١) على ورثته مهرها، يصرف (الى) (٢) مهر مثلها.

قال «أبو الليث»: لو بنى بها يمنع منها قدر ما جرت العادة في التعجيل به، والقول للورثة فيه، والقول للمرأة فيما زاد (عليها) (٣) ذكره في «الذخيرة» (وعلل)(٤) بأن النكاح شاهد على وجوب كل المهر، والعرف شاهد على قبض بعض المهر، فيعمل بهما.

وقيل: لو صرحت بإنكار القبض، وقالت: لم أقبض شيئاً، فالقول لها إذ النكاح دليل محكم على وجوب كل المهر، والدخول، والموت، دليلان (محكمان) (٥) على تقرير ذلك (الواجب) (٦) والبناء (بها) (٧) ليس بدليل محكم على قبض بعضه، لأنه قد يبنى بها قبل تعجيل شيء من المهر، فيكون القول لها. وهذه المسألة تؤيد ما ذكره «القاضي ظهير الدين»: أنها لو ادعت كل مهرها بعد موت الزوج، وبرهنت على إقرار الزوج به، لا يسمع، إذا الظاهر أنها لا تسلم نفسها إلا بعد قبض بعضه، فكذبها الظاهر. (٨)

---

(١) (امرأته) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٢) (الى) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: على.

(٣) (عليها) في: أ، ب، ج، د، هـ، وفي جامع الفصولين: عليه وهو الصحيح.

- والضمير عائد على المهر الذي جرت العادة بالتعجيل به.

(٤) (وعلل) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: وعلله.

(٥) (محكمان) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: محتملان.

(٦) (الواجب) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الوجه.

(٧) (بها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بما.

(٨) جامع الفصولين ١: ١٨٧، فصول العمادي ق: ٥٤، وانظر: (البزازية ٥: ٣٦٩، الخانية ٢: ٤١٢، البدائع ٢: ٣٠٨).

- وقد استدل القاضي ظهير الدين لقوله بما ذكر محمد رحمه الله في الجامع الصغير، ان المرأة إذا سلمت نفسها، ثم اختلفا في المهر، يقول القاضي للمرأة: لا بد أن تقري بقبض شيء من المهر، وإلا قضينا عليك بالمتعارف، لان الظاهر ان المرأة لم تسلم نفسها، إلا إذا استعجلت شيئاً في مهرها، وهي ادعت ها هنا جميع الصداق وبعد الدخول، فيكون الظاهر مكذباً لها، لأن الظاهر أنها قبضت الدستيمان، وهو الصداق. (أنظر: فصول العمادي ق: ٥٤).

فصل

تزوج كبيرة، وطلبت النفقة، وهي في بيت الأب، بعد فلها ذلك، لو لم يطلبها الزوج بالنقلة، إذ النفقة حقها، و(الإنتقال) (١) حق الزوج، (فإذا) (٢) لم يطالبها بالنقلة، فقد ترك حقه، وهو لا يبطل (حقها) (٣)، وبه يفتى.

وقيل: لا نفقة لها إذا لم تزف إلى زوجها ولو امتنعت عن الإنتقال بحق (كطلب المعجل) (٤). ولو امتنعت بغير حق (لكون) (٥) المهر مؤجلاً، فلا نفقة لها (٦)، وكذا الجوب في صغيرة يجامع مثلها. وإلا (فلا) (٧) نفقة لها، حتى تصير بحال تطيق الجماع، سواء (٨) (كانت في بيت الزوج، أوفي بيت الأب). (٨)) (٩)

قال في «لطائف الإشارات»: تصلح للجماع بتسع وفي الصحيح تعتبر (الإطاقة)(١٠)) (١١).

---

(١) (والإنتقال) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: والنقلة.

(٢) (فإذا) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: ما.

(٣) (حقها) في: أ، د، هـ،وفي ب: حقاً، وفي ج: حقه.

(٤) (كطلب المعجل) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لطلب معدل.

(٥) (لكون) في: ب، د، هـ، وفي أ، ج: بكون.

(٦) جامع الفصولين ١: ١٩٠، فصول العمادي ق: ٥٥، وانظر: (الهداية وشرح فتح القدير ٤: ٣٧٩ - ٣٨٣).

- وإمتناع المرأة من الإنتقال لبيت الزوجية بغير حق يعتبر نشوزاً، والناشز لا نفقة لها. (أنظر: شرح فتح القدير ٤: ٣٧٩).

(٧) (فلا) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: فلها.

(٨) (كانت . . . . . . الأب) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: كانت في بيت الأب، أو في بيت الزوج (تقديم وتأخير).

(٩) المراجع السابقة، وانظر:(شرح أدب القاضي لابن مازة ٤: ٢١٨).

(١٠) (الإطاقة) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: الطاقة.

مسألة:

ولو أبت أن (تتحول) (١) معه إلى ما (يريد) (٢) من البلدان، وقد أوفاها المهر المعجل فلا نفقة لها، لأنها مبطلة في هذا المنع، فنشزت، بخلاف ما لم يعطها المهر (هذا) (٣) لو لم يدخل بها، ولو دخل بها فكذا الجواب عند "أبي حنيفة". وعندهما: لا نفقة لها، سواء أوفاها المهر، أو لا، وهذا بناءً على أن المدخول بها لها أن تمنع نفسها عنده، لا عندهما، فكانت محقة في هذا (المنع) (٤) عنده، لا عندهما. "من تهذيب القلانسي".

قال «الصدر الشهيد» : هذا الخلاف فيما (إذا) (٥) دخل بها برضاها، وهي بالغة، أما لو دخل بها، وهي كارهة، أو صغيرة، أو مجنونة لا يسقط حقها في منع نفسها.

قال «أبو القاسم الصفار»(٦): هذا في زمانهم أما في زماننا، فلا يملك الزوج أن يسافر بها أوفى مهرها، أو لا لفساد الناس.

قيل له: هل يخرجها من البلد الى القرية، أو العكس ؟

قال: (ذلك ليس) (٧) بسفر، وإخراجها إلى بلد آخر سفر. كذا في «الذخيرة».

وفي «التجنيس»: والفتوى على أن له أن يسافر بها إذا أوفاها المعجل، لقوله تعالى: «أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم» (٨)

وقال في «العدة»: ليس له إخراجها إلى بلد آخر، ولو أوفاها المهر، كذا اخيتار الفقيه «ظهير الدين المرغناني»(٩). (١٠)

---

(١) (تتحول) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: نحول.

(٢) (يريد) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: يريده.

(٣) (هذا) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: اولاً هذا.

(٤) (المنع) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: لمنع.

(٥) (إذا) في: ج، وفي د، هـ: لو، وساقطة من أ، ب.

(٦) هو: أحمد بن عصمة الصفار البلخي، الملقب بحم، الفقيه المحدث تفقه على أبي جعفر الهنداوي، وهو من طبقة الكرخي مات سنة (٣٢٦هـ) (انظر: الجواهر المضيّة ١/ ٢٠٠، ٤/ ٧٨، الطبقات السنية ٤٥٤، مشايخ بلخ من الحنفية ١ : ٦٢). =

....

=

(٧) (ذلك ليس) في: أ، ب، ج، وفي د،هـ: ليس ذلك.

(٨) سورة الطلاق/ آية (٦).

(٩) ان ما ذكره المصنف من اختيار الفقيه ظهير الدين المرغناني لعدم جواز اخراجها إلى بلد آخر، هو في الحقيقة اختيار الفقيه ابي الليث السمرقندي، وليس ظهير المرغناني وقدوهم المصنف في نقله عن جامع الفصولين حيث إن المرموز به في جامع الفصولين الى القاضي ظهير الدين هو لإستئناف كلام جديد منسوب اليه، وليس إلى ما قد سبق ذكره من الخيتار الفقيه ابي الليث. (انظر: جامع الفصولين ١: ١٩١، فصول العمادي ق: ٥٥).

(١٠) المراجع السابقة، وانظر: (حاشية خير الدين الرملي ١: ١٩٠ - ١٩١، شرح أدب القاضي لابن مازة ٤: ٢٥٣، الهندية ١: ٣١٧، البزازية ٤: ١٣٢).

- قال العلامة الغزي: «قال الكمال في شرح الهداية: إذا أوفاها مهرها، أو كان مؤجلاً نقلها حث شاء من بلاد الله تعالى. وكذا إذا وطئها برضاها عندهما، وقيل: لا يخرجها إلى بلد غير بلدها، لان الغريب يؤذى، واختاره الفقيه أبو الليث. وقال ظهير الدين المرغناني: الأخذ بكتاب الله أولى «أسكنوهن حيث سكنتم»، وأفتى كثير من المشايخ بقول الفقيه أبي الليث، لان النص مقيد بعدم المضارة بقوله تعالى: «ولا تضاروهن» بعد قوله «أسكنوهن»، والنقل إلى غير بلدها مضارة، فيكون قوله تعالى: «اسكنوهن حيث سكنتم مما لا مضارة فيه، وهو ما يكون من جوانب مصرها، واطرافها والقرى القريبة التي لا تبلغ مدة السفر، فيجوز نقلها من المصر إلى القرية،ومن القرية إلى المصر، وقال بعض المشايخ: إذا أوفاها المعجل،والمؤجل، وكان رجلاً مؤموناً فله نقلها». (أنظر: حاشية خير الدين الرملي: ١: ١٩٠).

- وقد ذكر المصنف أن الفتوى على جواز اخراجها إلى بلد آخر إذا كان دفع اليها المهر المعجل وهذا ظاهر الرواية في المذهب. (المرجع السابق).

فرع:

كتب نسخة الجهاز، وأقر الأب أن هذه الأشياء ملك البنت، لكن الشهود لم يروا هذه الأشياء جملة واحداً بعد واحد، لم يجز لهم أن يشهدوا بأنها ملكها. من«فتاوى رشيد الدين». (١)

مسألة:

تزوجها، وبعث إليها (بهدايا) (٢) وعوضته، وزفت اليه، (فتفارقا) (٣)، فقال: ما بعثته فكله عارية، فالقول (له) (٥) في متاعه، لأنه ينكر التمليك، ولها أخذ ما (بعثته) (٤) لأنها زعمت أنه عوض للهبة، فلما لم يكن هبة، لم يكن ذلك عوضاً (فلكل منهما) (٦) أخذ ما دفع.

«ايضاح»: لو (صرحت) (٧) حين (بعثت) (٨) أنه عوض فكذلك، ولو لم تصرح به لكنها نوته (كان هبة) (٩) وبطلت نيتها. (١٠).

---

(١) جامع الفصولين ١: ١٩٢

- وقد قال صاحبه تعليقاً على المسالة «اقول: ظاهر ما مرّ أنه يكتب نسخة، وتشهد الابنة على أن جميع ما في هذه النسخة ملك والدي ..... الخ يشير إلى أن تجوز لهم الشهادة».

(٢) (بهدايا) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: هدايا.

(٣) (فتفارقا) في: ب، وفي أ، ج: ففارقا، وفي د، هـ: ففارقها.

(٤) (بعثته) في: ج، د، هـ، وفي أ، ب: بعث.

(٥) (له) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: لها.

(٦) (فلكل منهما) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: فلكل واحد منهما.

(٧) (صرحت) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: فرقت.

(٨) (بعثت) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: بعث.

(٩) (كان هبة) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.

(١٠) جامع الفصولين ١: ١٩٢، فصول العمادي ق: ٥٦، وانظر: شرح فتح القدير ٣: ٣٨٠، الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٣: ١٥٢.

-وقد ذهب الكمال من الهمام الى القول: بأن القول قول الزوج، لأنه المملك فكان أعرف بجهة التمليك إلا فيما يؤكل، أوفيما يكون مهيأ للاكل نحو الطعام المطبوخ، والمشوي، والفواكه، والخبز، والحلواء، والدجاج المطبوخ وحتى الحنطة، واللوز والدقيقة، والسكر والشاة الحية لأن المتعارف عليه أن يبعثه هدية. فالقول قوله فيما يشهد له الظاهر، والظاهر في الأشياء السابقة الذكرلا يشهد له. (أنظر: شرح فتح القدير ٣: ٢٧٩، ٠٨٢).

فصل

في دعوى الجهاز

قال في «الذخيرة» زوج بنته، وجهزها، فماتت، فزعم أبوها أن الجهاز اعاره (منها) (١) ولم يهبه، فالقول للزوج، وعلى الأب بينة، إذا الظاهر أنه إذا جهز (بنته) (٢) يدفع (اليها) بطريق التمليك(٤)، والبينة الصحيحة فيه أن يُشهد (عند) (٥) التسليم الى بنته، أني أعطيت هذه الأشياء (بنتي) (٦) عارية، أو يكتب نسخة معلومة وتُشهد (الإبنة)(٧) على إقرارها أن جميع ما في هذه النسخة ملك والدي عارية منه في يدي. لكن هذا (يصلح) (٨) للقضاء لا للإحتياط، لجواز أنه (شراها) (٩) لها في صغرها، فبهذا(١٠) الإقرار لا يصير للأب ديانة، والإحتياط أن يشتري ما في هذه النسخة، ثم تبرئة عن الثمن.

وعن «السغدي» (١١): أن القول للأب، اذا اليد (إستفيد) (١٢) من قبله فهو أعرف، ولأن العارية تبرع والهبة تبرع، والعارية أدناهما، فحمل على الأدنى.

قال «الصدر الشهيد»: والفتوى أنه لو كان العرف مستمراً، أن الأب يدفع ذلك جهازاً لا عارية. كما في ديارنا، فالقول للزوج. ولو كان العرف (١٤) مشتركاً، فالقول للأب،

قال في "الملتقط": القول للزوج من يمينه على علمه.

قال في «الإيضاح»: إذا كان الأب من الأشراف، لا يقبل قوله. وإن كان ممن لا (يجهز) (١٥) البنات (بمثله) (١٦) قبل قوله(١٧). (١٨).

---

(١) (منها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: منه.

(٢) (بنته) في أ، ب، ج، وفي د، هـ: ابنته.

(٣) (اليها) في جامع الفصولين وساقطة من أ، ب، ج، د، هـ.

(٤) والمسالة لها صورتان الاولى ما ذكره المصنف من أن النزاع يكون بين الأب والزوج والثانية: أن يكون النزاع بين=

....

=
البنت والأب، ولا خلاف في الحكم بين الصورتين فيكون القول قول البنت بدل الزوج (انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٣: ١٥٦).

(٥) (عند) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: على.

(٦) (بنتي) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: لبنتي.

(٧) (الابنة) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: البيّنة.

(٨) (يصلح) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: يصح.

(٩) (شراها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فشراه.

(١٠) (فبهذا) في: أ، د، هـ، وفي ب: فهذا، وفي ج: هذا.

(١١) (السغدي) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: السعيدي.

(١٢) (استفيد) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: استفيدت.

(١٣) والمقصود باستمرار العرف هو غلبته. (حاشية رد المحتار ٣: ١٥٦).

(١٤) والمقصود باشتراك العرف هو كثرة كل منهما، لانه لا نظر الى النادر، ولأن حمل الإستمرار على كل واحد من افراد الناس في تلك البلدة لا يمكن (انظر: المراجع السابقة).

(١٥) (يجهز) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يجوز.

(١٦) (بمثله) في: أ، ب، د، هـ، وفي ب: تمليكاً بمثله.

(١٧) وقد استحسن قاضي خان هذا القول، وتبعه في ذلك صاحب النهر (أنظر: الدر المختار ٣: ١٥٧).

- قال ابن عابدين في الحاشية٣: ١٥٧، «ولعل وجه استحسانه مع أنه لا يغاير القول المعتمد اي قول الصدر الشهيد الذي عليه الفتوى أنه تفصيل له، وبيان لكون الإشتراك الذي قد يقع في بعض البلاد، إنما هو في غير الإشراف».

وقال أيضاً: «والعادة الفاشية الغالبة في أشراف الناس، وأوساطهم، دفع ما زاد على المهر من الجهاز تمليكاً، سوى ما يكون على الزوجة ليلة الزفاف من الحلي، والثياب، فإن الكثير منه، أو الاكثر عارية، فلو ماتت ليلة الزفاف لم يكن للرجل أن يدعي أنه لها، بل القول فيه للأب، أو الام انه عارية، أو مستعار لها».

(١٨) جامع الفصولين ١: ١٩٢، فصول العمادي ق: ٥٦، وانظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٣: ١٥٦ - ١٥٧، الهندية ١: ٣٢٧، البزازية ٤: ١٤٩، شرح فتح القدير ٣: ٣٨.

مسألة:

لو إستهلكت ما بعثه الزوج اليها، فأنكر الهبة، وحلف، ينبغي أن يجوز له التضمين، لأن حكم العارية كذلك. وكذا لو أتلف الزوج ما بعثته اليه، ينبغي أن يجوز لها التضمين. أنظر: «فصول الإستروشني». (١)

قال في «الذخيرة»: بعث إلى امرأة ابنه ثياباً، ثم ادعى أنها عارية صدق. (٢)

فرع:

بعث إلى أهل زوجته أشياء عند رفافها منها ديباج، فلما زفت اليه، أراد أن يأخذ منها الديباج، ليس له ذلك، لو بعث اليها على وجه التمليك من («فتاوى رشيد الدين»(٣)) (٤).

مسألة:

ماتت (فاتخذت) (٥) (والدتها) (٦) مأتماً، فبعث زوج (الميتة) (٧) بقرة لتذبح، وتنفقها، ففعلت، وطلب الزوج قيمة البقرة، فإن اتفقا على شرط الرجوع يرجع، لا لو إتفقا على أنه لم يذكر القيمة، لأنها فعلت بإذنه بلا شرط القيمة. ولو إختلفا فالقول لأم الميتة، لأنها تنكر شرط الضمان. قاله «أبو الليث». (٨)

---

(١) جامع الفصولين ١: ١٩٢، فصول العمادي ق: ٥٦.

- قال عماد الدين في فصوله ق: ٥٦ «قال الإستروشني: فلو استهلكت المرأة ما بعث الزوج اليها، فانكر الهبة وطلب الضمان، ينبغي أن يكون له ذلك، لأنه لما جعل القول قوله في أنه عارية، وحلف على ذلك، ثبت أن المتاع عارية في يدها، ومن استهلك العارية ضمنها، وكذلك لو استهلك الزوج ما بعثته ينبغي أن يكون لها المطالبة بالضمان».

- ويجب تقييد المسألة بما قاله الكمال بن الهمام في المسألة السابقة.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) (فتاوى رشيد الدين) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: الفتاوى الرشيدية.

(٤) المراجع السابقة، وانظر (الهندية: ١: ٣٢٧).

(٥) (فاتخذت) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فاتخذ.

(٦) (والدتها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: زوجها.

(٧) (الميتة) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: الميت.

(٨) جامع الفصولين ١: ١٩٢، فصول العمادي ق: ٥٦، وانظر: البزازية ٤: ١٤٩.

- قال قاضيخان: «ينبغي ان يكون القول قول الزوج، لأن أم المرأة، تدعى الإذن بالإستهلاك، بغير عرض، وهو ينكر فيكون القول قوله، كمن دفع إلى غيره دراهم، فأنفقها، فقال صاحبها: أقرضتكها، فقال القابض: لا، بل وهبتني، كان القول قول صاحب الدراهم». (أنظر: المراجع السابقة).

مسألة:

(غرّه)، فقال: أزوجك بنتي، وأجهزها جهازاً عظيماً، فتزوج ودفع الدسيتمان (٢) إلى أبيها، ثم أبوهالم يجهزها، لا رواية في ذلك.

وأفتي (٣) بأن الزوج يطالب أبا المرأة بالتجهيز، فإن جهز، وإلا (يسترد) (٤) ما زاد على دستيمان مثلها. وقدر بعضهم (٥) الجهاز بالدستيمان، لكل دينار من الدسيتمان ثلاثة دنانير من الجهاز، أو أربعة دنانير. فالزوج يطالب بهذا القدر، وإلا يسترد ما زاد على دستيمان مثلها. قاله «في فوائد بعض الأئمة».

وقال في «فتاوى ظهير الدين»: الصحيح أنه لا يرجع بشيء على أبي المرأة اذا المال في باب النكاح ليس بغرض (أصلي) (٦) والله أعلم. (٧)

---

(١) (غرّه) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: غيره.

- وغرّه بمعنى: خدعه. (انظر: المصباح المنير ٢: ٤٤٥).

(٢) الدسيتمان: لفظة في عرف الأعاجم، وقد اختلف في المقصود فيها، فقيل: هو المهر المعجل، وقيل وهو الصحيح: هو كالهبة بشرط العوض. (انظر: حاشية رد المحتار ٣: ١٥٨).

(٣) والمفتون في المسالة هم: صدر الإسلام البزودي، وعماد الدين النسفي، وجمال الإسلام الريغدموني، والصدر الكبيربرهان، ومشايخ بخارى (انظر: فصول العمادي: ٣: ٥٦).

(٤) (يسترد) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: أسترد.

(٥) الضمير عائد على المشايخ الذين ذكرتهم سابقاً. (انظر: المرجع السابق).

(٦) (اصلي) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٧) جامع الفصولين ١: ١٩٢ - ١٩٣ ، فصول العمادي ق: ٥٦، وانظر: البزازية ٤: ١٥٠ - ١٥١، الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٣: ١٥٨.

- قال في البزازية ٤: ١٥٠، «كان بعض ائمة خوارزم يعترض اي على القائلين برجوع الزوج على والد الزوجة، ويقول: الدسيتمان هو المهر المعجل لما ذكره في الكافي وغيره، فإذا كان كذلك، فهو مقابل بنفس المرأة، حتى ملكت حبس نفسها، لإستيفائه، فكيف يملك الزوج طلب الجهاز إذن ؟ لأن الشيء لا يقابله، عوضان، وقد قوبل به نفس الزوجة فحصل العوض، فلا يملك طلب عوض آخر كما في المهر المؤجل، اجاب عنه الفقيه رحمه الله: الدسيتمان إذا أدرج في العقد فهو المعجل الذي ذكرته، وإن لم يدرج في العقد، ولم يعقد عليه، يكون حينئذ كالهبة بشرط العوض، وذلك ما قلناه، فان الغرض لو كان صداقاً -مهراً معجلاً- لذكره في العقد، وحيث لم يذكره دلّ ان القصد العوض المذكور، ولهذا قلنا: اذا لم يذكر في العقد، وزفت اليه لا جهاز، وسكت الزوج اياماً، لا يتمكن من دعوى الجهاز بعده، لأنه لما كان محتملاً - اي العوض، وغير العوض - وسكت زماناً يصلح للإختيار، دلّ ان الغرض لم يكن الجهاز».

الباب الثاني والأربعون

في القضاء بموجب (١) الخلع، وما يتعلق به

الخلع (٢) طلاق بائن (به) (٣) ورد الأثر عن النبي صلى الله عليه وسلم، وعن جماعة من أصحابه. (٤)

وقال «الشافعي» (٥): فسخ حتى لا ينتقص به عدد الطلاق عنده، وهو قول ابن عباس. (٦) ولو قضي بكونه فسخاً، قيل: ينفذ، وقيل: لا، وقد مرّ (٧). (٨)

---

(١) الموجب، أو الحكم بالموجب، هو الحكم بأثر العقد الذي ينفك عنه كالحكم بثبوب الشفعة للجار، أو الخليط. هو حكم بأثر عقد البيع، ولكنه منفك عنه على خلاف الحكم بوجوب التسليم والتسلم في عقد البيع، فإنه حكم بمقتضى العقد حيث ان التسلم، والتسليم أثر لعقد البيع، لكنه لا ينفك عنه.
(أنظر: حاشية رد المحتار ٥: ٣٩٧ - ٣٩٨، موجبات الأحكام: ٧١، معجم لغة الفقهاء: ٤٦٨).

(٢) الخلع هو: ازالة ملك النكاح ببدل، بلفظ الخلع. (أنظر: شرح فتح القدير ٤: ٢١١)وما ذكره المصنف هو حكم الخلع لا تعريفه (المرجع السابق).

(٣) (به) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٤) أما الحديث فأخرجه ابن عدي في الكامل (٤/ ١٦٤٢) والدراقطني في سننه (٤/ ٤٥-٤٦ رقم ١٣٤) والبيهقي (٧/ ٣١٦) بلفظ: أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة، وإسناده تالف، فيه رواد ابن الجراح العسقلاني اختلط بأخرة فترك، وعباد بن كثير الثقفي البصري متروك وقد كذب.
وقد روي من غير لفظة «بائنة» أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٥/ ١١٠) عن سعيد بن المسيب مرسلاً في إسناده إبراهيم بن يزيد الخوزي وهو متروك متهم، وأخرجه عبد الرزاق في المصنف (٦/ ٤٨٢ رقم ١١٧٥٧) بلفظ: إذهبا فهي واحدة، وفي إسنادة ابن جريج وهو مدلس وقد عنعن، وكان لا يدلس إلا عن مجروح.
- أما الأثار: فقد روي عن عثمان أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ١٠٩و ١١٠) وسعيد بن منصور (٣٨٢ رقم ١٤٤٦ و ١٤٤٧) وعبد الرزاق (٦/ ٤٨٣ رقم ١١٧٦٠) والبيهقي (٦/ ٤٨٣ رقم ١١٧٦٠) وفيه جمان لم يوثقه غير ابن جبان، وقال أحمد: لا اعرفه، وضعف الحديث من أجله. (نصب الراية ٣/ ٢٤٤).
وأخرجه أيضاً ابن أبي شيبة (٥/ ١١٢) بإسناد آخر منقطع.
وعن ابن مسعود أخرجه ابن أبي شيبة (٥/ ١١١) وعبد الرزاق (٦/ ٤٨١ رقم ١١٧٥٣) وإسناده ضعيف وبإسناده ومعناه اخرجه ايضاً سعيد بن منصور (٣٨٣ رقم ٤٥١، و ١٤٥٢).
وعن علي أخرجه أبي شيبة (٥/ ١١١) وهو منقطع، وأخرجه أيضاً عبد الرزاق (٦/ ٤٨٢ رقم ١١٧٥٥) بإسناد آخر ضعيف، وهو منقطع أيضاً، ولفظة عندهما: فهي واحدة، ولكن أخرجه سعيد بن منصور، (٣٨٣ رقم ١٤٥٠) بإسناد عبد الرزاق بلفظ: فهو طلاق بائن لا رجعة له».
قال ابن خزيمة: أنه لا يثبت عن أحد أنه طلاق. (التلخيص ٣/ ٢٠٤) وقال ابن المنذر: ضعف أحمد يعني ابن حنبل =

....

=

حديث عثمان، وحديث علي وابن مسعود رضي الله عنهما في إسنادهما مقال. وليس في الباب أصح من حديث ابن عباس.

(البيهقي ٧/ ٣١٦) يعني أثره الآتي بعد هذا.

(٥) انظر: مغني المحتاج ٣: ٢٦٨، حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي ٣: ٣١٢.

- وفيها: أن هذا القول هو قول الشافعي رحمه الله في القديم من مذهبه، وأما الجديد في المذهب - وهو الأظهر - فهو ان الخلع طلاق، ينقص عدد الطلقات التي يملكها الزوج على زوجته، لأنه لو كان فسخاً لما جاز على غير الصداق اذ الفسخ يوجب استرجاع البدل.

(٦) وقول ابن عباس رضي الله عنهما هو: «الخلع فرقة ليس بطلاق»، أخرجه الدارقطني في سننه (٣/ ٣٢٠ رقم ٢٧٤) وابن أبي شيبة (٥/ ١٩٢)، وسعيد بن منصور (٣٨٤ رقم ١٤٥٥)، وعبد الرزاق (٦/ ٤٨٧ رقم ١١٧٧١)، والبيهقي (٧/ ٣١٦). وإسناده صحيح.

وانظر: الفتح (٩/ ٣٩٦و ٤٠٣)، والتلخيص (٣/ ٢٠٥).

(٧) سبق ذكر المسألة في القضاء بالمجتهدات في القسم الأول من هذا الكتاب فانظره: بتحقيق الزميل محمد النتشة: ٢٢٩، وانظر: فصول العمادي بتحقيق الزميل اسماعيل بريشي: ٢٠٥.

(٨) جامع الفصولين ١: ١٩٦، فصول العمادي ق: ٨٠، وانظر: شرح فتح القدير ٤: ٢١١، الهندية ١: ٤٨٨، الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٣: ٤٤٤).

- وقد استدل الحنفية لكون الخلع طلاق بائن، بأن لفظ الخلع من الفاظ الكنايات لانه يحتمل الإنخلاع عن اللباس، أو عن الخيرات، أو عن النكاح، والطلاق بالكنايات بائن كما هو مقرر عند الحنفية، واقيم ذكر المال الذي هو بدل الخلع مقام النية في طلاق الكنايات. (أنظر: الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٤: ٢١٤ - ٢١٥).

مسألة:

قال في «الذخيرة»: قال (لها) (١) بعتك، لا تطلق ما لم تقل إشتريت (٢). ولو قال: خالعتك، ونوى الطلاق، يقع، ولا يبرأ الزوج من المهر وفاقا (٣). ثم الخلع قد يكون بلفظ الخلع، وقد يكون بلفظ البيع، والشراء، وقد يكون بالفارسية قال "أبو الليث": الخلع والطلاق على مال من جانبه يمين على معنى التمليك فكأنه (قال) (٥): إن قبلت، فأنت طالق، فيقتصر على المجلس لو كانت حاضرة وعلى مجلس العلم لو كانت غائبة. (٦)

(١) (لها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لهما.

(٢) أنظر: البدائع ٣: ١٤٥

- وفيها: ان الخلع عقد على الطلاق بعوض، فلا يقع الطلاق، ولا يستحق العوض بدون القبول.

(٣) المرجع السابق.

- وفيه: ان الخلع من ألفاظ الكنايات، فيقع الطلاق به بالنية، هذا إذا لم يذكر العوض وإذا وقع الطلاق، وجب المهر وفاقاً.

(٤) جامع الفصولين ١: ١٩٧، فصول العمادي ق: ٨٠ وانظر: الهندية ١: ٤٤٤، حاشية رد المحتار ٣: ٤٤٣، البدائع ٣: ١٤٥.

(٥) (قال) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.

(٦) المراجع السابقة.

- وإقتصار الخلع على المجلس لو كانت حاضرة، وعلى مجلس علمها لو كانت غائبة، متفرع عن كون الخلع معاوضة في جانبها، فتراعي فيه احكام معاوضه المال كالبيع. (أنظر: البدايع ٣: ١٤٥).

- والخلع، والطلاق على مال متفقان في ان كلاً منهما مزيل للنكاح، إلا أنهما مختلفان في وجوه منها، ان الخلع إذا وقع على عوض فاسد، كان تخالع المرأة المسلمة على خمر أو خنزير وقع الطلاق بائناً، ولا شيء للزوج، وأما في الطلاق على مال لو كان العوض فاسداً، وقع الطلاق رجعياً. ومنها أيضاً ان الخلع مسقط في رأي أبي حنفية لكل الحقوق الواجبة بسبب عقد الزواج كالمهر، والنفقة الماضية، أما في الطلاق على مال، فلا يسقط شيء من حقوق الزوجين ويجب به فقط المال المتفق عليه.

(أنظر: الكتاب مع شرحه اللباب ٣: ٦٥ - ٦٧، البدائع ٣: ١٥١ -١٥٢).

مسألة:

تعليق الخلع بالشرط يصح منه، لا منها، ثم الخلع لو علق بالشرط بأن قال: إن دخلت الدار فقد خالعتك على كذا، يعتبر قبولها بعد دخولها الدار. وكذا لو قال: كل امرأة أتزوجها، فقد بعت طلاقها منك بكذا، فالقبول إليها بعد التزويج، حتى لو قبلت بعد التزويج، أو قالت: شريت طلاقها تطلق. لا لو قبلت قبل التزويج، لأن هذا الكلام من الزوج خلع بعد التزويج، فشرط القبول بعده. (١)

ولو شرط الخيار للمرأة جاز عند «أبي حنيفة» رحمه الله لا عندهما، وخيار الزوج لم يجز وفاقاً، لأن الخلع من جانبه يمين. (وهي لا تقبل الخيار ومن جانبها معاوضة) (٢) وهي تقبله. (٣)

---

(١) جامع الفصولين ١: ١٩٨، فصول العمادي ق: ٨٠، وانظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٣: ٤٤٢، البدائع ٣: ١٤٥.

- قال في البدائع ٣: ١٤٥ «إنه -الخلع- من جانب الزوج يمين، وتعليق الطلاق بشرط، وهو قبولها العوض، ومن جانبها معاوضة المال، وهو تمليك المال بعوض حتى لو ابتدأ الزوج الخلع فقال: خالعتك على ألف درهم، لا يملك الزوج الرجوع عنه ولا فسخه، ولا نهي المرأة عن القبول، ولا يبطل بقيامه عن المجلس قبل قبولها، ولا بشرط حضور المرأة، بل يتوقف على ما وراء المجلس، حتى لو كانت غائبة فبلغها، فلها القبول لكن في مجلسها، لانه في جانبها معاوضة، وله أن يعلقه بشرط، ويضيفه إلى وقت نحو أن يقول: إن قدم زيد فقد خالعتك على ألف درهم، ويقول: خالعتك على ألف درهم غداً، أو رأس شهر كذا، والقبول اليها بعد قدوم زيد، وبعد مجيء الوقت، حتى لو قبلت قبل ذلك لا يصح، لأن التعليق بالشرط، والإضافة إلى الوقت تطليق عند وجود الشرط، والوقت، فكان قبولها قبل ذلك هدراً».

(٢) (وهي ...... معاوضة) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٣) المراجع السابقة.

قال في البدائع ٣: ١٤٥: «ولو شرط الخيار لنفسه، بان قال: خالعتك على الف درهم على اني بالخيار ثلاثة أيام، لم يصح الشرط، ويصح الخلع إذا قبلت، وإن كان الإبتداء من المرأة، بأن قالت: اختلعت نفسي منك بألف درهم، فلها أن ترجع عنه قبل قبول الزوج، ويبطل بقيامها عن المجلس، وبقيامه ايضاً، ولا يقف على ما وراء المجلس..... ولو شرط الخيار لها: بأن قال: خالعتك على الف درهم على أنك بالخيار ثلاثة أيام. فقبلت جاز الشرط عند أبي حنيفة، وثبت لها الخيار، حتى أنها إذا اختارت في المدة وقع الطلاق، ووجب المال، وإن ردت لا يقع الطلاق، ولا يلزمها المال.

وعند أبي يوسف محمد: شرط الخيار باطل، والطلاق واقع، والمال لازم، وإنما اختلف الجانبان في كيفية هذا النوع، لأنه طلاق عندنا، ومعلوم أن المرأة لا تملك الطلاق، بل هو ملك الزوج لا ملك المرأة، فإنما يقع بقول الزوج خالعتك، فكان ذلك منه تطليقاً إلا أنه علقه بالشرط، والطلاق يحتمل التعليق بالشرط. والإضافة إلى الوقت لا تحتمل الرجوع، والفسخ، ولا يتقيد بالمجلس، ويقف الغائب عن المجلس، ولا يحتمل شرط الخيار، بل يبطل الشرط، ويصح الطلاق.

وأما في جانبها فإنه معاوضة المال، لأنه تمليك المال بعوض وهذا معنى معاوضة المال، فتراعى فيه أحكام معاوضة المال كالبيع ونحوه إلا أن أبا يوسف ومحمد يقولان في مسالة الخيار أن الخيار إنما شرع للفسخ، والخلع لا يحتمل الفسخ، لأنه طلاق عندنا».

فرع:

قـال في «فوائد نظام الديـن»: خالعـها، وقـالت: ان لم أرد بدل الخلع إلى أربعـة أيام، يكون الخلع باطلاً. ولم ترد فهذا خلع بشرط الخيار. (مر) (١) حكمه قريباً. (٢)

مسألة:

لو خالعـها على مال معلـوم، ولم يذكر المهر، فقـبلت سقط المهر عند «أبي حنيفة» خلافاً لهما. من «الفتاوى الصغرى» (٣)

مسألة:

وفي «الصغرى»: أن صـريح الطلاق بالمسمى (٤) (من المال) (٥)، هل يوجب براءة كل منهما من المهر؟.

اختلف فيه المشايخ، واكثرهم على أنه لا يوجب، وبه يفتى (٦)، ولا يبرأ عن نفقة العدة وفاقـاً، في كل ما ذكرنا (٧) إلا بالشرط (٨)، وكذا لا يبرأ عن نفـقة الولد، وأجرة الرضاع. (٩)

والنفقة المفروضة هل تسقط ؟

ذكر في «شرح الطحـاوي»: لو اجتمع عليه نفقـة بقضاء، ثم خالعها تسـقط النفقة وفاقاً. (١٠)

---

(١) (مرّ) في: د، هـ وفي أ، ب: من، وفي ج: ومن.

(٢) جامع الفصولين ١: ١٩٨، فصول العمادي ق: ٨١، وانظر: التعليق على المسألة السابقة.

(٣) جامع الفصولين: ١: ٢٠٠، فصول العمادي ق: ٨١، وانظر: الهندية ١: ٤٨٩، والخانية ١: ٥٢٩، شرح فتح القدير ٤: ٢٣٤.

- قال في الخانية ١: ٥٢٩: «فان خالعها على مال معلوم، ولم يذكر المهر، فقبلت، يلزمها المهر، وأما حكم المهر، فإن=

مسألة:

(إختلعت) (١) عن كل حق يجب للنساء على الأزواج قبل الخلع، وبعده، ولم تذكر المهر، ونفقة العدة يكفي. ويبرأ عن المهر، ونفقة العدة، إذا المهر يجب قبل الخلع، ونفقة العدة تجب بعده، أنظر «فتاوى رشيد الدين» (٢) والله تعالى اعلم.

=
كانت المرأة مدخولة، وقد قبضت المهر، يلزمها ولا يرجع أحدهما على صاحبه بشيء في قولهم. وان لم تكن المرأة مدخولة، وقد قبضت مهرها، عند أبي حنيفة رحمه الله يرجع الزوج عليها بالبدل لا غير، وعند صاحبيه رحمهما الله: يرجع الزوج عليها بالبدل، ونصف المهر، وان لم يكن المهر مقبوضاً عند أبي حنيفة رحمه الله لا ترجع المرأة عليه بشيء من المهر، وعند صاحبيه رحمهما الله، ترجع المرأة عليه بنصف المهر».

(٤) ويقصد به الطلاق على مال.

(٥) (من المال) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: بالمال.

(٦) جامع الفصولين ١ :٢٠، فصول العمادي ق: ٨١، وانظر: الهندية ١ : ٤٨٨.

(٧) اي من الطلاق على مال، والخلع.

(٨) المراجع السابقة، وانظر: الخانية ١ :٥٣٠، البزازية ٤ :٢٠٢.

- ووجه القول بعدم سقوط نفقة العدة هو أنها لم تجب بعد، ولأنها حق الشرع فلا تسقط إلا بالشرط. (انظر: الإختيار ٣: ١٦٠، شرح فتح القدير ٤ :٢٣٣).

(٩) المراجع السابقة.

قال في شرح فتح القدير ٤ :٢٣٦«إذا شرطا بدلاً للخلع البراءة من نفقة الولد وهي مئونة الرضاع، إن وقتا لذلك وقتاً كسنة مثلاً صح، ولزم، وإلا فلا. وفي «المنتقي»: إن كان الولد رضيعاً صح، وان لم يبين المدة، وترضع حولين، بخلاف الفطيم».

(١٠) المراجع السابقة.

(١) (إختلعت) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: اختلف.

(٢) جامع الفصولين ١ :٢٠٠، فصول العمادي ق:٨١، وانظر: شرح فتح القدير ٤ :٢٤٣، حاشية رد المحتار ٣ :٤٤٤، البزازية ٤ :٢٠٦.

الباب الثالث والأربعون

في القضاء بموجب تصرفات الفضولي، واحكامها في النكاح

قال في «فتاوى النسفي»: المختار في نكاح الفضولي (١) في (الطلاق) (٢) المضاف أنه يحنث بإجازته قولاً، لا فعلاً (٣). سواء كان الحلف بأن قال: إن تزوجت امرأة فطالق ثلاثاً، أو قال: كل إمرأة تدخل في نكاحي، لأن دخولها في نكاحه لا يكون إلا بالتزويج، فيكون ذكر الحكم (ذكر) (٤) (سببه) (٥) المختص، فكأنه قال: إن تزوجتها، (فبتزويج) (٦)، الفضولي لا يصير متزوجاً، بخلاف قوله: كل قنّ يدخل في ملكي، فإنه يحنث بعقد الفضولي هنا، لان ملك اليمين لا يختص بالشراء بل له أسباب سواه.

قال في «شرح الحيل» و«البزدوي»، «والجامع في الفتاوى»: يحنث بنكاح الفضولي. في تدخل في نكاحي، وفي تصير حلالاً لي.

وقال «صاحب المحيط»: (هما (٨) كقوله أتزوجها في الحكم (٩)) (١٠)

---

(١) الفضولي: هو من لم يكن ولياً، ولا اصيلاً، ولا وكيلاً في العقد. (أنظر: التعريفات:١٦٧).

(٢) (الطلاق) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: طلاق.

(٣) والإجازة بالفعل كسوق المهر،وما شابهه. (أنظر: الهندية ١:١٤٧).

(٤) (ذكر) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٥) (سببه) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: بسببه.

(٦) (فبتزويج) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: وتزويج.

(٧) المسألة منسوبة في كتابي جامع الفصولين، وفصول العمادي إلى شمس الأئمة السرخسي وليس إلى شرح الحيل، وهذا وهم وقع فيه المصنف أثناء نقله من جامع الفصولين فظن أن الرمز (شخ) والتي تعني شمس الأئمة السرخسي ظنها (شح) وتعني شرح الحيل.

(٨) الضمير عائد على الصورتين السابقتين وهما: حلف ان لا تدخل في نكاحه، أو حلف لا تصير حلالاً له.

(٩) (هما ...... الحكم) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(١٠) المحيط: القسم الثاني من المجلد الأول ق:٤٥٢ - ٤٥٣، جامع الفصولين ١:٢٢٧، فصول العمادي ق:٩٤، وانظر: الهندية ١:١٤٧، الخانية ١:٣٤.

- وقول المصنف ان الحالف يحنث بإجازة نكاح الفضولي قولاً لا فعلاً هو المفتى به في المذهب فقد قال في الخانية ١: ٣٤: «ولو زوج الحالف فضولي، فإن كان عقد الفضولي قبل اليمين، فأجاز الحالف بعد اليمين بالقول، أو بالفعل لا يحنث الحالف، لان عند الإجازة يستند النفاذ إلى حالة العقد، فيصير الحالف متزوجاً قبل اليمين فلا يحنث، وإن كان عقد الفضولي بعد اليمين لا يحنث ما لم يجز، فان أجاز بالقول حنث، هو المختار. وعند البعض، وهو رواية عن محمد رحمه الله .... وإن أجاز بالفعل كسوق مهر، أو ما أشبه ذلك، روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه لا يحنث، وعليه أكثر المشايخ منهم الشيخ الإمام شمس الأئمة السرخسي، والشيخ الإمام اسماعيل الزاهد البخاري، رحمه الله،وقال بعضهم يحنث، والفتوى على قول الاكثر».

(مسألة) (١)

(قال في «المحيط») (٢): كل إمرأة أتزوجها، أو (تزوجها) (٣) غيري، لأجلي وأجيزه، فهي طالق ثلاثاً، لا وجه لجوازه. (٤).

قال في «الحاوي»: فحيلته أن يزوجه فضولي بلا أمرهما، فيجيزه (هو) (٥)، فيحنث قبل اجازة المرأة، لا إلى جزاء لعدم الملك، ثم تجيزه المرأة، فإجازتها لا تعمل، (فيجددان) (٦) النكاح، (فيجوز) (٧)، إذ اليمين إنعقد على تزويج واحد. كذا في «المحيط». وهذه الحيلة إنما يحتاج إليها إذا قال في حلفه (وأجيزه) (٨)، أما لو لم يقل وأجيزه.

قال «النسفي»: يتزوج الفضولي لأجله، (فتطلق) (٩) ثلاثاً، إذا الشرط تزويج الغير له مطلقاً، ولكنها لا تحرم عليه، لطلاقها قبل دخولها في ملك الزوج. قال: ألا يرى أنه بعد عقد الفضولي لو طلقها الزوج ثلاثاً لا تحرم عليه (لما مر) (١٠) كذا هذا، إلا أنه لا يقبل الإجازة، لأنه صار مردوداً، فيعقد الفضولي ثانيا لاجله، فيجزيه هو فعلاً.

قال «ظهير الدين» في «فتاواه» (١١): وعندي (أنه) (١٢) لاحاجة في المرة الثانية إلى عقد الفضولي، بل لو تزوجها (بنفسه) (١٣) لا تطلق، إذا اليمين انحلت بتزويج الفضولي لا إلى جزاء، الا يرى أن من قال: إن تزوجت فلانة، أو أمرت (إنساناً) (١٤) أن يتزوجها لي، فكذا، فأمره بتزويجها له لم تطلق، إذا اليمين انحلت بالامر لا إلى جزاء، وكذا لو قال: إن خطبتها، أو تزوجتها، فكذا، فخطبها، ثم، تزوجها، إذ اليمين انحلت بالخطبة لا إلى جزاء. (١٥)

---

(١) (مسألة) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.
(٢) (قال في المحيط) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.
-وانظره: القسم الثاني من المجلد الأول: ق: ٤٥٣.
(٣) (تزوجها) في ج، وفي: أ، ب، د، هـ:يتزوجها.
(٤) لأنه شدد على نفسه. (انظر: فصول العمادي ق:٩٤).
(٥) (هو) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

مسألة :

زوج بنته الصغيرة من ابن كبير لرجل، خاطب عنه أبوه بلا إذنه، فمات أبو (الصغيرة) (١) قبل إجازة الابن بطل النكاح. ولو كان مكان الصغيرة كبيرة، والمسألة (بحالها) (٢)، لا يبطل النكاح بموت الأب. أنظر« المحيط». (٣)

=

(٦) (فيجددان) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: ثم يجدادن.

(٧) (فيجوز) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.

(٨) (واجيزه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: وأجيز به.

(٩) (فتطلق) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: تطلق.

(١٠) (لما مرّ) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(١١) هذا القول منسوب في جامع الفصولين، وفصول العمادي إلى صاحب المحيط لا إلى ظهير الدين، وانظر القول في المحيط ذاته في القسم الثاني من المجلد الأول ق: ٤٥٣.

(١٢) (أنه) في: أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ.

(١٣) (بنفسه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بنفسها.

(١٤) (انساناً) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فلاناً.

(١٥) المحيط ٢/ ١ق: ٤٥٣، جامع الفصولين ١:٢٢٧، فصول العمادي ق: ٩٤.

(١) (الصغيرة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الصغير.

(٢) (بحالها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بحاله.

(٣) المحيط ٢/ ١ ق: ٤٦٥، جامع الفصولين ١:٢٣٠، فصول العمادي ق:٩٥.

- والمسألة في المحيط على النحو التالي: «رجل زوج ابنته الصغيرة من ابن كبير لرجل بغير اذنه، خاطب عنه أبوه، ثم مات أبو الصغيرة، قبل أن يجيز الابن النكاح، بطل النكاح، لأن لأب الصغيرة أن يفسخ هذا لانكاح، لانه في هذا النكاح قائم مقام الصغيرة، والصغيرة لو كانت كبيرة، فزوجت نفسها من ابن كبير لرجل بغير اذنه. خاطب عنه أبوه كان لها أن تفسخ النكاح، قبل اجازة الأبن، فكذا الأب الذي هو قائم مقامها، وإذا كان للاب ولاية الفسخ جعل موته بمنزلة رجوعه، ولو كان مكان الصغيرة كبيرة، وباقي المسألة بحالها لا يبطل النكاح لموت الأب، لأن الأب لو أراد أن ينقض نكاحها لا يملك لانه بمنزلة الفضولي». وقد نسبت هذه المسألة في المحيط إلى فتاوى أبي الليث.

- وقال خير الدين الرملي في حاشيته ١:٢٣٠، معقباً على المسألة: «قوله: بطل النكاح .... الخ» أقول: لأنه عقد بالولاية، لا بالفضول، بخلاف الكبيرة لكونه فضولياً، فتأمل».

مسألة:

عن أبي يوسف: زوج بنته الصغيرة من غائب، فمات الأب، ثم أجازه الزوج جاز في قوله، ثم فصل الكبيرة يدل على أن (بقاء) (١) الفضولي ليس بشرط لصحة الإجازة في باب النكاح بخلاف البيع. من «النوادر». (٢)

فرع:

(زوجه) (٣) فضولي بأمرها بألف درهم، ثم الفضولي، (والمرأة) (٤) جدد النكاح لذلك الرجل بخمسين ديناراً، ينفسخ الأول بالثاني، حتى الزوج، لو أجاز النكاح الأول لا تعمل إجازته. (ولو أجاز) (٥) الثاني صح. أنظر «الذخيرة». والله تعالى أعلم. (٦)

---

(١) (بقاء) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: نفاذ.

(٢) المراجع السابقة.

- قال في المحيط ٢/١ ق: ٤٥٦: «فهذه الرواية مخالفة لما ذكره أبو الليث رحمه الله في فتاواه - أي المسألة السابقة - ثم فصل الكبيرة يدل على أن بقاء الفضولي في باب النكاح ليس بشرط لصحة الإجازة. والبيع في هذا بخلاف النكاح، الا يرى أن العاقد الفضولي، لو قال: رجعت قبل قبول الآخر عمل رجوعه في البيع، ولا يعمل رجوعه في النكاح، وهذا لان حقوق العقد في البيع ترجع إلى العاقد. وفي النكاح لا ترجع اليه.

(٣) (زوجه) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: زوج.

(٤) (والمرأة) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: وإمرأة.

(٥) (ولو اجاز) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: ولو إجازته.

(٦) جامع الفصولين ١: ٢٣٠، فصول العمادي ق: ٩٥، وانظر: الهندية ١: ٢٩٩ - ٣٠٠.

الباب الرابع والأربعون

في القضاء بالخيارات (١)

هي أنواع : منها ما (يثبت) (٢) في تصرفات عقود تحتمل الفسخ لا فيما (لا) (٣) (تحتمله) (٤) (كالنكاح) (٥) (والطلاق) (٦) (والعتاق) (٧). (٨)

ومنها: ما (يثبت) (٩) فيما لا يحتمل الفسخ، لا فيما يحتمله

أما الخيارات (التي لا تثبت) (١٠) فيما لا يحتمل الفسخ فمنها: خيار الشرط (١١)، اذا تزوج بشرط الخيار لهما، أو لاحدهما، يصح النكاح لا الشرط عندنا (١٢).

وقال "الشافعي" يبطل به النكاح (١٣).

ومنها: خيار الرؤية (١٤)، لا يثبت في النكاح لا في المرأة، ولا في المهر (١٥).

---

(١) الخيارات جمع خيار، وهو أن يكون للعاقد الحق في امضاء العقد أو فسخه (انظر: الفقه الاسلامي وأدلته ٤: ٢٥٠، حاشية رد المحتار ٤: ٥٦٥)

(٢) (يثبت) في: أ، ب، وفي جـ، د، هـ: ثبت

(٣) (لا) في: جـ، د، هـ، وساقطة من أ، ب

(٤) (تحتمله) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: تحتمل الفسخ

(٥) (كالنكاح) في: د، هـ، وفي أ، جـ: النكاح، وفي ب: كنكاح

(٦) (والطلاق) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: وطلاق

(٧) (والعتاق) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: وعتق

(٨) قسم الحنفية العقود بالنظر الى لزومها، وقابليتها للفسخ الى أربعة أنواع هي:

١- عقد لازم بحق الطرفين، ولا يقبل الفسخ بطريق الاقالة، وهو عقد الزواج، فانه لا يقبل الالغاء الاتفاقي، ولكنه يقبل الانهاء بطرق شرعية مخصوصة، كالتطليق، والخلع، والتفريق القضائي.

٢- عقود لازمة بحق الطرفين، ولكنها تقبل الفسخ والالغاء بطريق الاقالة أي باتفاق العاقدين، كالبيع، والصلح، وسائر العقود اللازمة الأخرى

٣- عقود لازمة بحق أحد الطرفين فقط، كالرهن، والكفالة فانهما لازمان بالنسبة للراهن والكفيل، وغير لازمين بالنسبة الى الدائن المرتهن، والمكفول له، لأنهما لمصلحته الشخصية توثيقا لحقه، فله التخلي عن توثيق دينه متى شاء بفسخ الرهن والكفالة.

٤- عقود غير لازمة أصلا بحق كلا الطرفين، وهي التي يملك كل منهما فيها حق الرجوع والالغاء، كالايداع والاعارة، =

....

=

والوكالة

(انظر المدخل الفقهي للأستاذ مصطفى الزرقاء ٢:٧٧٥-٥٧٨، وراجع فصول العمادي ق: ٩٩-١٠٠)

(٩) (يثبت) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: ثبت

(١٠) (التي لا تثبت) في: أ، ب، د، هـ وساقطة من جـ

(١١) خيار الشرط هو: أن يشترط أحد المتعاقدين الخيار ثلاثة أيام أو أقل (انظر: التعريفات: ١٠٢)

(١٢) انظر: المبسوط ٥: ٩٤-٩٥، شرح فتح القدير ٣:٢٥٠

- وقد استدل الحنفية على صحة النكاح وبطلان خيار الشرط، بالقياس على نكاح الهازل، لأن الهازل قاصد للسبب، غير راض بالحكم، وكذلك مشترط الخيار قاصد للسبب غير راض بالحكم في وقت مخصوص. ونكاح الهازل منعقد بقوله صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق والرجعة"

اخرجه أبو داود (عون المعبود ٦/ ٢٦٢-٢٦٣ رقم ٢١٨٠/ الطلاق / في الطلاق على الهزل) والترمذي (٣/ ٤٩٠ رقم ١١٨٤/ الطلاق/ ما جاء في الجد والهزل في الطلاق) وابن ماجه ١/ ٦٥٧ - ٦٥٨ رقم ٢٠٣٩/الطلاق / من طلق أو نكح أو راجع لاعبا) والدار قطني (٣/ ٢٥٦و٢٥٧ رقم ٤٥-٤٨) و (٤/ ١٨-١٩ رقم ٥٠ و ٥١) والحاكم (٢/ ١٩٧-١٩٨) والبيهقي (٧/ ٣٤٠ - ٣٤١) عن أبي هريرة في اسناده عبد الرحمن بن حبيب ابن اردك لين الحديث، وبقية رجاله ثقات.

وأخرجه الطبراني في الكبير (١٨/ ٣٠٤ رقم ٧٨٠) عن فضالة بن عبيد، وقال: العتق بدل رد الرجعة، واسناده ضعيف وأخرجه الحارث بن أبي اسامة في مسنده (التلخيص ٣/ ٢٠٩) عن عبادة بن الصامت باسناد ضعيف، وهو أيضا منقطع.

واخرجه عبد الرزاق (٦/ ١٣٤-٣٥ رقم ١٠٢٤٩) عن أبي ذر، وفي اسناده ابراهيم بن محمد بن أبي يحيي الأسلمي. متروك وهو أيضا منقطع.

فاذا لم يمنع الهزل تمام العقد، فاشتراط الخيار أولى بعدم المنع، والمعنى فيه ان عقد الزواج لا يحتمل الفسخ بعد تمامه. ولا يقبل خيار الشرط، فاشتراط الخيار فيه لا يمنع تمامه كالطلاق وهذا لان اشتراط الخيار لا يمنع انعقاد أصل السبب مطلقا، وانما يمنع الرضا بلزومه كما في البيع ومن ضرورة انعقاد النكاح صحيحا اللزوم، فاشتراط الخيار فيه يكون شرطا فاسدا، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة. (انظر: المراجع السابقة)

(١٣) انظر: الأم ٥:٨٧

- قال في المهذب ٢:٤٧ "وان تزوج بشرط الخيار بطل العقد، لأنه عقد يبطله التوقيت، فبطل بالخيار الباطل كالبيع"

(١٤) خيار الرؤية: هو أن يشتري مالم يره، ويرده بخياره، (انظر: التعريفات: ١٠٢)

(١٥) انظر: شرح فتح القدير ٣:٢٥٠، المبسوط ٥:٩٥

قال في شرح فتح القدير ٣:٢٥٠: "وأما خيار الرؤية فحقيقته لا تتوقف على اشتراطه في موضع يثبت كالبيع، بل اذا اشترى مالم يره ثبت له الخيار بلا اشتراط، والنكاح ينعقد بلا رؤية اجماعا، فلا يتصور ثبوته فيه، ولو فرض اشتراط خيار الفسخ اذا رآها، كان شرطا فاسدا، فيبطل".

ومنها: خيار (العيب)(١) ، وهو حق الفسخ بعيب، عندنا لا يثبت في النكاح. فلا ترد المرأة بعيب (ما) (٢). (٣)

وقال «الشافعي» (٤): له أن يرد المرأة بأحد العيوب الخمسة: بجنون، وجذام (٥)، وبرص، وقرن (٦)، ورتق (٧)، فان ردّها قبل الدخول سقط (كل) (٨) المهر، وإن (ردها)(٩) بعده، فلها كمال المهر. (١٠)

ولا يرد الزوج بجنون، وجذام وبرص عند «الحسن» (١١) . (١٢).

وقال «محمد»: لها ردّه (١٣).

ولا يردّ الزوج بعنة (١٤)، وجب (١٥)، ولها المطالبة بالإرسال بالمعروف والتفريق بناءً عليه، ولذا كانت الفرقة بسبب العنة. والجبّ، طلاقاً بائناً (١٦). كذا في «قاضيخان». (١٧)

---

(١) (العيب) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: الرؤية لا يثبت في النكاح.

(٢) (ما) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٣) انظر: الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٤: ٣٠٣ - ٣٠٦، البدائع ٢: ٣٢٧.

- وقد استند الحنفية لعدم جواز فسخ عقد الزواج لعيب ما بما يلي: - ان النكاح لا يفسخ بعيب، لأن المستحق في النكاح هو التمكين من الوطيء، وهو حاصل بوجود العيب، وأما الإستيفاء فهو من ثمرات العقد، وفواته لا يؤثر في العقد، الا يرى أنه لم لو يستوف لقروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ.

فالثمرات لا تراعى من كل وجه على الكمال. وقد استدل الحنفية بما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال: «إذا وجد بامرأته شيئاً من هذه العيوب، فالنكاح لازم له إن شاء طلقه، وإن شاء أمسك».

اخرجه سعيد بن منصور (١/ ٢٤٥ رقم ٨٢٠) واخرجه ابن حزم في المحلي. (١٠/ ١١١٣) بمعناه، ورجاله رجال الصحيح. غير أن الشعبي عن علي مرسل. وقد روي عن علي في المسالة أقوال أخرى.

(انظر: العناية وشرح فتح القدير ٤: ٣٠٥).

(٤) انظر: مغني المحتاج ٣: ٢٠٢، كفاية الأخيار ٢: ٣٧.

(٥) الجذام: داء يصيب الإنسان يقطع اللحم، ويسقطه. (انظر: المصباح المنير ١: ٩٤، مختار الصحاح: ٩٧).

- قال في مغني المحتاج ٣: ٢٠٢، «والجذام، وهو علة يحمر منها العضو، ثم ينقطع، ثم يسود، ثم ينقطع، ويتناثر، ويتصور ذلك في كل عضو، ولكنه في الوجه أغلب».

(٦) القرن هو: إنسداد محل الجماع بعظم. (مغني المحتاج ٣: ٢٠٢).

(٧) الرتق هو: إنسداد محل الجماع بلحم (المرجع السابق).

(٨) (كل) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٩) (ردّها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ردّ.

(١٠) ومذهب الشافعي رحمه الله وجوب كل المهر اي المسمى إذا حدث العيب بعد الوطيء، أما إذا حدث قبل الوطيء فلها مهر المثل. (انظر: المرجع السابق).

....

- وقد إستدل الشافعية لجواز الرّد بالعيوب المذكورة بأن البرص والجذام كل منهما يعدي الزوج، ويعدي الولد. فقد قال الشافعي رحمه الله «الجذام والبرص مما يزعم أهل العلم بالطب والتجارب أنه يعدي كثيراً، وهو مانع للجماع، لا تكاد نفس أحد ان تطيب ان يجامع من هو به، والولد قلّ ما يسلم منه، فان سلم ادرك نسله». وأما القرن، والرتق فلان معظم النكاح هو الوطىء، وهما مانعان منه، فيتعذر مقصوده (أنظر: المرجع السابق).
- وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني بمذهب الشافعية في هذ المسألة فقد نصت المادة (١١٦) على أنه «إذا ظهر للزوجة قبل الدخول، أو بعده أن الزوج مبتلى بعلة، أو مرض لا يمكن الإقامة معه بلا ضرر كالجذام، أو البرص، أو السل، أو الزهري، أو طرأت مثل هذه العلل، فلها أن تراجع القاضي وتطلب التفريق».

(١١) الحسن: في جميع النسخ، والصحيح ما في جامع الفصولين: ابي حنيفة وأبي يوسف.

(١٢) أنظر: البدائع ٢ :٣٢٧، الهداية والعناية، وشرح فتح القدير ٤ : ٣٠٥.

- قال في البدائع ٢ : ٣٢٧: «ولهما - اي لابي حنفية، وأبي يوسف - أن الخيار في تلك العيوب ثبت لدفع ضرر حقها المستحق بالعقد، وهو الوطىء مرة واحدة، وهذا الحق لم يفت بهذه العيوب، لأن الوطىء يتحقق من الزوج مع هذه العيوب فلا يثبت الخيار».

(١٣) أنظر: المراجع السابقة.

- ووجه قول محمد رحمه الله هو: دفع الضرر عن الزوجة كما في الجب والعنة (أنظر: الهداية ٤ : ٣٠٥).

(١٤) العنة بالضم، ومنها رجل عنين وهو: من لا يقدر على إتيان النساء، أو لا يشتهي النساء. (أنظر: المصباح المنير ٢ : ٤٣٣).

قال في التعريفات: ١٥٨ : «العنين: هو من لا يقدر على الجماع لمرض، أو كبر سن، أو يصل إلى الثيب دون البكر».

(١٥) الجب: ومنه رجل مجبوب، وهو مقطوع جميع الذكر، أو من لم يبق منه قدر الحشفة. (انظر: مغنى المحتاج ٣/ ٢٠٢).

(١٦) أنظر: الهداية وشرح فتح القدير ٤: ٢٩٧ - ٣٠٦.

- وفيها ان العنين يؤجل سنة، فإن وصل إليها، وإلا فرق بينهما بناءً على طلبها، وذلك لأن حقها ثابت بالوطىء، والتأجيل لأنه يحتمل ان يكون الإمتناع لعلة معترضة، ويحتمل لآفة أصيلة، فلا بدّ من مدة لمعرفة ذلك، وقدرت بالسنة لإشتمالها على الفصول الأربعة، فإذا مضت المدة، ولم يصل إليها تبين ان العجز بآفة أصيلة، ففات الإمساك بمعروف، ووجب عليه التسريح بإحسان، فإذا إمتنع فرق القاضي بينهما بتطليقه بائنة، وكانت بائنة لأن المقصود دفع الظلم عنها، ولا يحصل الابها، لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة، وإن كان الزوج مجبوباً فرق بينهما في الحال إن طلبت، لأنه لا فائدة في التأجيل لفقدان الآلة.

(١٧) الفتاوى الخانية ١ :٤١٣، جامع الفصولين ١ :٢٣٧، فصول العمادي ق:٩٩.

مسألة:

خيـار العتق للمنكوحة، إذا كـانت أمّة، أو مدبرة (١)، أو أم ولـد(٢)، فعتقت قبل دخوله، أو بعده، فلها حق الفسخ حراً كان زوجها أو قناً.

وقال «الشافعي» (٣): لا خيار لها في زوج حر.

وكذا المكـاتبة (٤) الصغـيرة، أو الكبيرة لو زوجـها المولى (برضـاها) (٥)، فعتقت بأداء(٦)، أو تحرير تتخير عندنا.

وهذا الخيار (كـخيار) (٧) المخيرة (٨) يثبت للأنثى لا للذكر. ووقـوع الفرقـة به لا يتوقف على القضاء، ولا يبطل بسكوت ويمتد إلى آخر المجلس، إلا إذا أبطلته صريحاً، أو دلالة، بأن تمكنه (من) (٩) نفسها، وبنحوه. وإنما يفـارق هذا الخيار(المخيّرة) لوجهين أحدهما (١١) أن الفرقـة بخيار العتق لا يكون طلاقـاً بخلاف المخيرة، لأنه يثبت بتسليط الزوج،وهو اهل للطلاق. أنظر: «قاضخيان». (١٢)

---

(١) المدبرة هي: المعلق عتقها بموت سيدها. (أنظر: طلبة الطلبة: ٦٤).

(٢) ام الولد: هي الأمة إذا ولدت من سيدها لم يجز بيعها، ولا هبتها،ويعلق عتقها بموت مولاها، إن لم يكن الجزه. (أنظر: الهداية وشرح فتح القدير ٥: ٣٠).

(٣) أنظر: المهذب ٢: ٥٠ -٥١.

(٤) المكاتبة: هي معاقـد عقد الكتابة وهي - اي الكتابة - ان يتواضـعا على بدل يعطيه العبد نجوماً - اي مـتفرقاً - في مدة معلومة فيعتق به.

(أنظر: طلبة الطلبة: ٦٤).

(٥) (برضاها) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: برضائها.

(٦) اي بأداء بدل الكتابة.

(٧) (كخيار) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: بخيار.

(٨) وخيـار المخيـرة هو: ان يخيـر الرجل امرأته في المجلس، بأن تطلـق نفسهـا منها بأن يقـول لها: طلقي نـفسك إن شئت. (أنظر: الفقه الإسلامي وأدلته ٤: ٣٦٣، وراجع: الهداية وشرح فتح القدير ٤: ٦٧ وما بعدها).

(٩) (من) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: في.

(١٠) (المخيرة) في: أ، ب، ج، في د، هـ: والمخيرة.

(١١) لوجهين أحدهما: في جمعي النسخ والصحيح هو ما في الخانية: من وجه واحد.

(١٢) الخانية ١: ٤١٤، جامع الفـصولين ١: ٢٣٨، فصول العمادي ق: ٩٩، وانظر: الهـداية وشرح فتح القدير ٤: ٧٦ وما بعدها، الباب شرح الكتاب ٣: ٥٠ - ٥١.

مسألة :

قال (في «المحيط») (١): خيار البلوغ كشفعة، فإنهـا كما بلغت ينبغي لها أن تختار نفسها كالشفيع، وتشهد على النقض لو (كان) (٢) عندها من تقبل شـهادته، وإلا تخرج إلى الناس، وتختار ثانيا. ولو لم تختر في بيتها حتى خرجت إلى الناس بطل خيارها. والإشهاد لا يشترط لإختيارها نفسها لـكن شرط ببيّنة ليسقط اليمين عنها. وتحليفها على (إختيارها) (٣) نفسـها كتحليف الشـفيع على طلب الشفعـة، فان قالت: إختـرت نفسي حين بلـغت. (أو حين) (٤) بلغت (طلبت) (٥) الفرقـة صدقت مع اليـمين. ولو قالت: بلغت أمس، وطلبت الفـرقة لا يقـبل وتحتاج إلـى البينة، وكذا الـشفيع لو قـال: طلبت الشفـعة حين علمت، فـالقول له، ولو قـال علمت (أمس) (٦) وطلبت لا يقبـل ويكلفه إقامة البينة. (٧)

---

(١) (في المحيط) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.
- المحيط ٤ ق:١٩٥.
(٢) (كان) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: كانت.
(٣) (اختيارها) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: اختيار.
(٤) (او حين) في: أ، ج، د، هـ، وساقطة من ب.
(٥) (طلبت) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.
(٦) (امس) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: نفسي أمس.
(٧) جامع الفصولين ١ :٢٤٠، فصول العمادي ق:١٠٠.
- ومسألة خيار البـلوغ متفرعة عن مسألة جواز زواج الصغـير والصغيرة من قبل الأولياء، وخلاصـة مذهب الحنفية في المسألة على النحو التالي:-
فان زوجهما - يعني الصغير والصغيرة - الأب أو الجد، فلا خيار لهما بعد بلوغهما، لانها - اي الأب والجد - كاملا الراي وافرا الشفقة، فيلزم العقد بمباشرتهما، كـما إذا باشراه برضاهما بعد البلوغ. وان زوجهما غير الأب، والجد، فلكل واحد منهما الخيار إذا بلغ، ان شاء أقام على النكاح، وإن شاء فسخ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وعند ابي يوسف رحمه الله: لا خـيار لهما، اعتبـاراً بالأب والجد، ولأبي حنيفة ومحمـد أن قرابة غير الأب والجد ناقـصة، والنقصان يشـعر بقصور الشـفقة، فيـتطرق الخلل الى المقاصد، ولكن يمكن تدارك هذا الخلل بـخيار البلوغ. ويشتـرط القضاء للفســخ، لان الفسخ لدفع ضرر غيـر محقق، بل هو ضـرر بالنظر إلى سببه، وهو قـصور القرابة المشعرة بقصـور الشفقة، وإذا بلغت الصغيرة، وقد علمت بالنكاح فـسكتت فهو رضا، وان لم تعلم بالنكاح فلها الخيار حتي تـعلم فتسكت، أو ترفض. وأما الغلام فلا يبطل خياره حـتي يقول رضيت، أو يجيء منه ما يعلم انه رضا. والفرقة بخيار البلوغ ليست بطلاق، لأنه يصح من الأنثى، ولا طلاق اليها.
(أنظر: الهداية والعناية وشرح فتح القدير ٣: ٢٧٧ - ٢٨٤).

فرع:

قال في «الأصـل»: شرط الخيـار في الصلح، كشـرطه في البيع، ثم هو في الـبيع جائز لهـما، أو لأحدهمـا، مؤقتـاً بثلاثة أيام، أو أقل. وإن شرط اكـثر فسـد البيع عند «أبي حنيفة»، كما لو شرطوا أبداً.

وقال «أبو يوسف»، «ومـحمد» «وابن أبي ليلى»: لو (ذكرا) وقـتاً معلوماً كـشهر، وسنة، أو أكثر يجوز.

و«زفر» و« الشافعي» مع «أبي حنيفة». (١)

---

(١) جامع الفصـولين ١ : ٢٤١، فصول العمادي ق:١٠٠، وانظر: الهداية وشـرح فتح القدير ٦ : ٢٩٨ - ٣٠٣، الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٤ :٥٦٨، مغني المحتاج ٢ :٤٧.

- وقد استدل الإمام أبو حنيفة رحمه الله، ومن معه لشرط التأقيت بثلاثة أيام بما يلي:-

ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد، وهو اللزوم، وإنما جوزناه بخلاف القياس للنص الوارد في المسألة، فيقتصر على المدة الواردة فيـه. والنص هو ما روي عن ابن عمر رضي الـله عنهما أنه قال: «كـان حبّان بن منقذ بن عمـرو رجلاً ضعـيفاً، وكان قـد أصابته في رأسه مـأمومة فجـعل له رسول الله صلى الله عليـه وسلم الخيار إلى ثلاثة أيام فيـما اشتراه، وكان قد ثقل لسانه، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: بع، وقل لا خلابة».

أخـرجـه الحـاكم (٢/ ٢٢) وابن مـاجـه (٢/ ٧٨٩ رقم ٢٣٥٥) والدار قـطني (٣/ ٥٤ و ٥٥- ٥٦ رقم ٢١٧ و ٢٢٠) والبيهقي (٥/ ٢٧٣) وفي هذه الرواية وحدها ذكرت مدة الخيار، وفي إسناده ابن إسحاق ولم يصرح بالتحديث عن نافع إلا من رواية يونس بن بكيـر عند البيهـيقي وفيـه ضعف، ووقع عند الدارقطني من روايـة عبد الأعلى بن عـبد الأعلى - وهو ثقة - تصريح ابن اسحاق بسماعه عن محمد بن يحيي بن حبان، ولكنه منقطع بين محمد بن يحيي بن حبـان وبين جده،وقد وصله الحسن ابـن سفيان بن مـحمد بن يحيي بـن حبان عن عمـه واسع. ولكنه قال: أن جده منقذ بن عمرو (الإصابة ١/ ٣٣٠) وكذلك وقعت تسمية جده عند الدراقطني (٣/ ٥٥ رقم ٢٢٠) وعمه واسع ابن حبان ثقة مخـتلف في صحبته، نعم وقع التصريح بسمـاع ابن اسحاق من نافع عند أحمد (٢/ ٢٩١٢ - ١٣٠) بإسناد رجاله ثقات ولكن ليس في ذكر مدة الخيار.

وأصل الحـديث عند البـخـاري في الصـحـيح (الفـتح ٤./ ٣٣٧ رقم ٢١٧) و (٥/ ٦٨ و ٧٢ رقم ٢٤٠٧ و ٢٤١٤) و (١٢/ ٣٣٦ رقم ٦٥٩٦٤) ومـسلم (٣/ ١١٦٥ رقم ١٥٣٣) وأبي داود (٩/ ٣٩٥ رقـم ٣٤٨٣) ومـالك في الموطأ (تنوير الحوالك ٢/ ١٧١) وأحمد (٢/ ٧٢ و ٨٠ و ٨٤ و ١٠٧ و ١١٦) وأخرجه النسائي من طريقين عن ابن عمرو أنس (٧/ ٢٥٢) وعن أنس أخرجه أيضاً الدراقطني (٣/ ٥٥ رقم ٢١٨) والترمذي (٣/ ٥٥٢ رقم ١٢٥٠) وابن ماجه (٢/ ٧٨٨ رقم ٣٥٤) وعن عمر بن الخطاب وفيه ذكر مدة الخيـار - أخرجه الدارقطني (٣/ ٥٤ و ٥٧ رقم ٢١٦ و ٢٢٢) والبيهقي (٥/ ٢٧٤) وفي إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف.

(أنظر: الهداية وشرح فتح القدير ٦: ٣٠١).

- وأما الصاحبان ومن معهم، فقد استدلوا لرأيهم بما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه «أجاز البيع إلى شهرين».

- لم أقف عليه).

انظر: المراجع السابقة.

- واستـدلوا أيضاً بأن الخـيار انما شـرع للحاجـة إلى التروي، ليندفع الـغبن وقد تمـس الحاجـة إلى أكثـر من ثلاثة أيام.

(أنظر: شرح فتح القدير ٦ :٣٠٠).

قال في «فصول الفقه»: هو يصح في ثمانية أشياء: في بيع، وإجارة، وقسمة، وصلح من مال بعينه، وكتابة، وخلع، وعتق على مال، لو شرط الخيار (للمرأة) (١)، والقن، يصح عند «أبي حنيفة»، ولو شرط للزوج، والمولى لم يجز وفاقاً. (٢) ولو شرط للراهن جاز لا للمرتهن. إذ له نقض (الرهن) (٣) متى شاء بلا خيار. ولو كفل بنفس، أو مال، وشرط الخيار للمكفول له، أو الكفيل جاز، ولو استأجر بخيار له ثلاثة أيام جاز كبيع، فلو فسخ في الثالث، هل يجب على المستأجر (أجر) (٤) يومين ؟

أفتى «صاحب المحيط»: أنه لا يجب، لأنه لا يتمكن من الإنتفاع بحكم الخيار، لأنه لو انتفع بطل خياره. (٥)

---

(١) (للمرأة) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: على المرأة.

(٢) جاز الشرط في الخلع، والعتق على مال للمرأة والقن، لان العقد في جانبهما لازم يحتمل الفسخ، بخلاف الزوج، والسيد، لأن العقد في جانبهما وان كان لازماً، لكنه لا يحتمل الفسخ لأنه يمين. (انظر: حاشية رد المحتار ٤: ٥٧٠).

(٣) (الرهن) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الدين.

(٤) (اجر) في: أ، ج، د، هـ وفي ج: أجرة.

(٥) جامع الفصولين ١: ٢٤٠ - ٢٤١، فصل العمادي ق: ١٠٠ - ١٠١، وانظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٤: ٥٦٩ - ٥٧١.

- والقاعدة في ما ذكره المصنف أن خيار الشرط يصح في كل عقد لازم يحتمل الفسخ، ويخرج من قولنا (لازم) الوصية، والعارية والوديعة ويخرج بقولنا (يحتمل الفسخ) النكاح، والطلاق، والصلح عن قود. (انظر: حاشية رد المحتار ٤: ٥٦٩، وراجع المدخل الفقهي ٢: ٥٧٧).

- وقد نظم صاحب الدر المختار العقود التي تحتمل الخيار على النحو التالي

يأتي خيار الشرط في الإجارة ... والبيع والإبراء والكفالة.

والرهن والعتق، وترك الشفعة ... والصلح، والخلع كذا والقسمة

والوقف، والحوالة، والإقالة ... لا الصرف، والإقرار والوكالة

ولا النكاح، والطلاق، والسلم ... نذر، وإيمان، فهذا يختتم

- (انظر: الدر المختار ٤/ ٥٧١).

فصل

باع بخيار، فوهب، أو رهن، وسلم، أو آجر، أو باع (أو) (١) فعل بالمبيع ما يدل على إستيفاء الملك. كوطئ، وقبلة، ونظر إلى فرجها بشهوة كان فسخاً للبيع، علم به المشتري اولا. (والنظر) (٢) إلى الفرج بلا شهوة يبطله. وكذا لو (سلمه) (٣) إلى المشتري، ثم (غصبه) (٤) لم يكن ذلك فسخاً للبيع، ولا إبطالاً للخيار، وكذا لو باع قنة بخيار يوم على أن يغله، أو يستخدمه جاز، فان فعل ذلك لا يبطل خياره.

ولو باع كرماً على أن يأكل من ثمره لم يجز البيع. اذ الغلة، والمنفعة لا يقابلهما الثمن، فلم يكن متلفاً جزءاً من المبيع بخلاف الثمر.

باع داراً فيه ساكن بأجر، وشرط الخيار للمشتري، ورضي به الساكن، فطلب المشتري الأجر من الساكن بطل خياره، ولو شرى داراً بخيار فدام على السكنى لا يبطل خياره، ولو ابتدأ السكنى بطل خياره. (٥)

---

(١) (او) في: ب، و في: أ، ج، د، هـ: لو.

(٢) (والنظر) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: اذ النظر.

(٣) (سلمه) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: أسلمه.

(٤) (غصبه) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: اعتقه.

(٥) جامع الفصولين ١ : ٢٤٣، فصول العمادي ق: ١٠١، وانظر: الخانية ٢:١٧٩، ١٨٠ ، ١٨٢.

- قال في البدائع ٥ :٢٧٢: «وأما الفسخ من طريق الدلالة، فهو أن يتصرف من له الخيار تصرف الملاك إن كان الخيار للبائع وفي الثمن إذا كان الخيار للمشتري، لأن الخيار إذا كان للبائع فتصرفه في المبيع تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه، وإذا كان للمشتري فتصرفه في الثمن إذا كان عينا تصرف الملاك دليل استبقاء ملكه فيه. ولا يكون ذلك إلا بالفسخ، فالإقدام عليه يكون فسخاً للعقد دلالة. والحاصل إن وجد من البائع في المبيع ما لو وجد منه في الثمن لكان إجازة للبيع يكون فسخاً للبيع، وهذا النوع من النسخ لا يقف على علم صاحبه بلا خلاف بخلاف النوع الأول وهو الفسخ بطريقة التصريح، وقد ذكره سابقاً، لأن الإنفساخ ها هنا لا يثبت بالفسخ مقصوداً، وإنما يثبت ضمناً لغيره، فلا يشترط له ما يشترط للفسخ مقصوداً».

وقد ذكر في البدائع طرقاً لإسقاط الخيار، منها: الإسقاط الصريح، والإسقاط الضمني. والإسقاط الضروري. فانظرها فيه ٦ : ٢٧٦ وما بعدها.

الباب الخامس والأربعون

في القضاء فيما يبطل من العقود بالشرط، وما لا يبطل، وما يصح إضافته، وتعليقه، وما لا يصح

اعلم أن تعليق النكاح (بشرط) (١) علم للحال يجوز، ويكون تحقيقا. كقوله لآخر: زوجني بنتك، فقال (قد) (٢) زوجتها من فلان قبل هذا. فكذبه الخاطب، فقال: إن لم أكن زوجتها من فلان فقد زوجتها منك، وقبل الآخر. وظهر كذبه ينعقد هذان إذ التعليق بشرط كائن تحقيق. ألا يرى أنه لو قال لإمرأته أنت طالق إن (كانت)(٣) السماء فوقنا، والأرض تحتنا تطلق للحال. (٤)

---

(١) (بشرط) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: بالشرط

(٢) (قد) في: ب، د، هـ، وساقطة من أ، جـ

(٣) (كانت) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: كان

(٤) جامع الفصولين ٢:٢، فصول العمادي ق: ١٠٩، وانظر: الدر المختار ٣:٥٣ شرح فتح القدير ٢:١٩٣

- والصور التي ذكرها المصنف في التعليق هي في الحقيقة تعليق صوري، لها حكم التنجيز، لذلك نصت المادة (٦٩٩) من المجلة على: أن: "التعليق على كائن تنجيز"

وذكر "محمد" (١) أن تعليق البراءة بشرط كائن يصح، حتى لو قال لمديونه: مال بمن بده (٢) فقال: بفلان دادة أم (٣)، فقال: اكراداده بيزا رشدم أزنتوداده است. صحت البراءة. (٦)

وذكر: لو قال لآخر: اذا جاء غد بعت منك هذا بكذا لم يجز (٧). ولو قال: بعته (منك) (٨) بكذا، ان رضى فلان جاز البيع، والشرط جميعا. ولو قال: بعته منك بكذا (ان شئت) (٩) فقال: قبلت. تم البيع. (١٠)

وذكر: أن تعليق (الامهال) (١١) بشرط كائن يصح اذا لم يكن المال واجبا بسبب القرضى بأن قال: اكراين مال ازان منست مك ياه ترازمان دادم (١٢) صح التأجيل. (١٣)

---

(١) هذه المسائل نسبها عماد الدين في فصوله ق: ١٠٩ الى رشيد الدين في فتاواه وليس الى محمد رحمه الله، ونسبتها الى محمد وهم من المصنف وقع فيه أثناء النقل عن جامع الفصولين

(٢) عبارة فارسية تعني: اعطني المال (انظر حاشية الرملي ٢:٢)

(٣) عبارة فارسية تعني: قد أعطيت فلانا. (انظر: المرجع السابق)

(٤) عبارة فارسية تعني: ان كنت قد أعطيته فأنا قد أبراتك، وهو قد اعطاه (انظر: المرجع السابق)

(٥) البراءة من الابراء وهو اسقاط شخص حقا له في ذمة آخر، أو قبله، كاسقاط الدائن دينه الذي له في ذمة المدين، والابراء فيه معنى الاسقاط، لانه اسقاط من الدين، وفيه معنى التمليك لانه تمليك للمدين. (انظر: الفقه الاسلامي وادلته ٥:٣٢٦، وراجع حاشية رد المحتار ٥:٢٤٤.

(٦) جامع الفصولين ٢:٢، فصول العمادي ق:١٠٩، وانظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار: ٥:٢٤٤).

- والاصل انه لا يجوز تعليق الابراء بالشرط لانه تمليك من وجه الا اذا كان الشرط متعارفا، أو علقه بأمر كائن. صحح التعليق. (انظر الدر المختار ٥:٢٤٤ - ٢٤٥).

(٧) المراجع السابقة

- والمقصود بقوله (لم يجز) اي أن البيع فاسد لا باطل، وذلك لان الاصل آن التمليكات ، وهي ما فيها مبادلة مال بمال تفسد بالشروط الفاسدة (انظر حاشية رد المحتار ٥:٢٤٠ - ٢٤١)

(٨) (منك) في: د، هـ، وساقطة من أ، ب، جـ

- والمسألة مشروطة بأن يوقت بثلاثة أيام على أكثر حد، وبذلك يكون تعليقه على رضى فلان من بابا اشتراط الخيار للأجنبي، وهو جائز. (انظر حاشية رد المحتار ٥:٢٤٢)

(٩) (ان شئت) في: أ، ب. د، هـ وساقطة من جـ

(١٠) جامع الفصولين ٢:٢ فصول العمادي ق: ١٠٩

- قال في الهندية ٣:٥: "وعن ابي يوسف رحمه الله: لو قال الآخر: عبدي هذا لك بألف ان أعجبك، فقال: أعجبني، فهذا بيع كذا في الخلاصة، وكذلك اذا قال: إن وافقك، فقال: وافقني، وكذلك ان قال: ان أردت، إن هويت، فقال: أردت، أو هويت فهذا كله بيع في الجواب، واما في الابتداء فلا يلزمه كذا في الذخيرة".

- وقال صاحب الحواشي على الفتاوي الهندية ٣:٥: "قوله: (فهذا بيع كله)، أي لانه لا يصح التعليق بفعل قلبي كما في البحر.

(١١) (الامهال) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: الاهمال

(١٢) عبارة فارسية تعني: ان كان هذا المال حقي، فقد أعطيت لك مهلة مدة شهر

(١٣) جامع الفصولين ٢:٢، فصول العمادي ق: ١٠٩

ولو قال لقنه: اذا جاء غد، فقد أذنت لك في التجارة صح الاذن ولو قال اذا جاء (غد) (١) فأنت طالق صح، (لا) (٢) لو قال: اذا جاء (غد) (٣) فقد راجعتك.

والقاضي لو قال لرجل: قد حجرت عليك اذا سفهت، لم يكن حكما بحجره. ولو قال لسفيه: قد أذنت لك اذا صلحت جاز.

ولو قال المخير: ان لم أفعل كذا أبطلت خياري لا يبطل خياره. وكذا لو قال في خيار العيب: ان لم أرده اليوم، فقد أبطلت خياري، ولم يرده اليوم لم يبطل خياره، ولو لم يقل، ولكنه قال (قد) (٤) ابطلت خياري غدا، أو قال: أبطلت خياري اذا جاء غد. بطل خياره. (٥)

وتعليق القبول بالبيع بعدما أوجب الآخر هل يصح؟

ذكر: أنه لو قال: فروختم بها بمن رسد (٦). إن دفع الثمن اليه في المجلس، جار: البيع استحسانا، ولو قال: ان أديت ثمن هذا بعت منك، صح البيع استحسانا إن دفع الثمن اليه.

وقيل: هذا خلاف ظاهر الرواية . والصحيح أنه لا يجوز (٧).

ويصح تعليق الكفالة بشرط متعارف (٨)، نحو: اذا قدم، أو استحق (زيد) (٩) المبيع فأنا ضامن، وإن كان شرطا محضا نحو: إن دخل فلان الدار، أو إن هبت الريح أو إن جاء المطر تصح الكفالة لا الشرط. (١٠)

وما جاز تعليقه بالشرط لا تفسده الشروط الفاسدة، كطلاق ، وعتق، وحوالة، وكفالة، ويبطل الشرط. (١١)

ولا يصح تعليق الاعتكاف، ولا يلزمه (١٢). ويصح تعليق تسليم الشفعة بأن قال: ان اشتريت أنت فقد سلمت الشفعة فلو اشترى غيره فهو على شفعته (١٣) ولا يبطل الرهن، والاقالة بالشرط الفاسد (ويبطل الأجل) (١٤) به. ولا يجوز تعليق الكفالة بالشرط، وتبطل بفاسده. (١٥)

---

(١) (غد) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: غدا، خطأ نحوي

(٢) (لا) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: كما

(٣) (غد) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: غدا. خطأ نحوي

(٤) (قد) في: أ، جـ، وساقطة من ب، د، هـ

....

---

(٥) جامع الفصولين ١: ٢-٣، فصول العمادي ق:١٠٩، ،وانظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥: ٢٥٦، البزازية ٤: ٤٢٥

(٦) عبارة فارسية تعني: بعت ان وصلني الثمن، (انظر حاشية الرملي ٢: ٣)

(٧) جامع الفصولين ٢: ٣، فصول العمادي ق:١٠٩، وانظر : الهندية ٣: ٦

- قال العمادي في فصوله ق:١٠٩ 'وقال بعض الفقهاء: هذا خلاف ظاهر الرواية والصحيح أنه لا يجوز، وان دفع الثمن اليه لان هذا تعليق للتمليك'

(٨) الشرط المتعارف هو الشرط الملائم اي الموافق للكفالة، ويكون موافقا بأحد أمور ثلاثة: الأول بكونه شرطا للزوم الحق، نحو: أن استحق المبيع، والثاني: بكونه شرطا لامكان الاستيفاء نحو: ان قدم زيد فعلي ما عليه من الدين، والثالث: بكونه شرطا لتعذر الاستيفاء نحو ان غاب زيد عن المصر فعلي دينه (انظر: الدر المختار ٥: ٣٠٥-٣٠٦)

(٩) (زيد) في: د، هـ، وساقطة من أ، ب، جـ

(١٠) انظر: المراجع السابقة

- وعدم صحة الكفالة المعلقة على شرط غير ملائم، لأنه تعليق بالخطر فتبطل. ولا يلزم المال (الدر المختار ٥: ٣٠٦)

(١١) جامع الفصولين ٢: ٣، وانظر: الدر المختار ٥: ٢٤٦.

- ووجه القول بعدم فساد ما جاز تعليقه، اذا علق بالشرط الفاسد هو أن الشرط الفاسد يكون فضلا خال عن العوض، وهو ربا، والربا لا يكون فيما ليس مبادلة مال بمال، كالمعاوضات غير المالية والتبرعات (انظر: حاشية رد المحتار ٥: ٢٤٦)

(١٢) جامع الفصولين ٢: ٤

- ما ذكره المصنف من عدم صحة تعليق الاعتكاف بالشرط، هو مخالف للصحيح من المذهب

قال ابن عابدين في الحاشية ٥: ٢٤٦ تعليقا على ما قيل: من عدم صحة تعليق الاعتكاف: 'كيف والاجماع على صحة تعليق المنذور من العبادات أي عبادة كانت، حتى أن الوقف- كما يأتي- لا يصح تعليقه بالشرط، ولو علق النذر به، شرط صح التعليق. وفي الخانية: الاعتكاف سنة مشروعة يجب النذر والتعليق بالشرط، والشروع فيه، ثم قال: واجمعوا أن النذر لو كان معلقا بأن قال: ان قدم غائبي، أوشفى الله مريضي فلانا فلله علي أن أعتكف شهرا، فعجل الشهر قبل ذلك لم يجز، فهذه العبارة دالة على صحة تعليقه بالاجماع'.

وقال صاحب الدر المختار ٥: ٢٤٧: 'والصحيح الحاق الاعتكاف بالنذر: وانظر: حاشية خير الدين الرملي ٢: ٤.

(١٣) جامع الفصولين ٢: ٤، فصول العمادي ق:١٠٩، وانظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥: ٢٥٤

- وصحة تعليقه تسليم الشفعة لأنه من باب الاسقاطات المحضة. (انظر: حاشية رد المحتار ٥: ٢٥٤).

(١٤) (ويبطل الأجل) في: أ، جـ، وفي ب، د، هـ: وتبطل الاجارة

(١٥) انظر المراجع السابقة

مسألة :

جـمله ما يصح اضـافـته الى زمـان أربعـة عشـر: اجارة، وفـسـخهـا، ومزارعـة، ومعـاملة، ومضاربة، ووكـالة، وكفالة، وايصـاء، ووصية، وقضـاء، وامارة، وطلاق، وعتق، ووقف.

وما لا يصح اضـافته عشرة: بـيع، واجازته، وفسخـه، وقسمة، وشركـة، وهبة، ونكاح، ورجعة، وصلح عن مال، وابراء دين. انظر "العدة" (١)

مسألة :

قال في "العدة": كفل بنفـسه الى (شهر) (٢) على أنه بريء بعد الشهر، فـهو كما قال. (٣)

والتوكيل الى عشرة أيام هل ينتـهي بمضيّها؟ الأصح أنه لا ينتهي (٤). والله أعلم.

---

(١) جامع الفصولين ٢:٥، فصول العمادي ق:١١٠، وانظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥:٢٤٠ - ٢٥٧.
(٢) (شهر) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: شيء
(٣) جامع الفصولين ٢:٨ فصول العمادي ق:١١١، وانظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥:٢٨٩ - ٢٩٠.
- والأصل ان من كفل الى مـدة معينة كشهـر مثلا، يبقى كـفيلا بعد الشـهر، ولكن لا يطالب أثناء المدة ، وهذا ظاهر الرواية في المذهب، ولكن في الصـورة الذي ذكرها المصنف فانه يبـرأ عن الكفالة للعرف، لان الناس تعـارفوا على ذلك، والفاظ الكفالة مبناها على العرف.
(انظر: حاشية رد المحتار ٥:٢٨٩-٢٩٠)
(٤) المراجع السـابقة

الباب السادس والأربعون

في (القضاء) (١) بأنواع الضمانات الواجبة، وكيفيتها وتضمين الأمين، وبراءة الضمين

(مسألة) (٢)

أمره بأخذ مال الغير، ضمن الآخذ لا الآمر. إذ الأمر لم يصح، وفي كل موضع لم يصح الأمر لا يضمن الآمر. (٣)

قال في "الذخيرة" : (يضمن) (٤) الآمر لو كان سلطانا، لا لو كان غيره، اذ (أمر) (٥) السلطان كاكراه، اذ المامور يعلم عادة أنه يعاقبه لو لم يمتثل أمره بخلاف غير السلطان، فيضمن السلطان لا (مأموره) (٦) فتصح الدعوى على الضامن (لا) (٧) غيره. (٨)

وذكر "محمد" في "السير الكبير" : (٩) أن مجرد أمر الامام (ليس) (١٠) باكراه، لو كان المأمور لا يخاف منه (لو) (١١) لم يمتثل أمره.

وفيه (١٢) أيضا: ومن الناس من جعل مجرد (أمره) (١٣) اكراها، ولو كان المأمور لا يخاف منه لو لم يمتثل أمره. (١٤)

---

(١) (القضاء) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: الاقتضاء

(٢) (مسألة) في: د، هـ، وساقطة من أ، ب، جـ

(٣) جامع الفصولين ٢:٧٨، فصول العمادي لوحة ١٤٣، وجه ب. وانظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٦:٢١٤

- ووجه عدم صحة الأمر من الآمر أنه لاولاية له على المأمور. قال خير الدين الرملي في حاشيته ٢:٧٨: "وجه عدم صحة الأمر أنه لاولاية له اصلا عليه، فلو كان له عليه ولاية، كدابة مشتركة بين اثنين استعارها أجنبي من احدهما، فأمر رجلا بتسليمها للمستعير، فدفعها له، فلا شبهة في ضمان الآمر للشريك، لأن تسليم مأموره كتسليمه هو، وان شاء ضمن المأمور لتعدية بدفع مال الغير للغير بدون أذنه فتأمل".

- وقد ذكر في الأشباه والنظائر ٢٨٣، ان الآمر لا يضمن الا اذا كان سلطانا، أو ابا، أو سيدا أو كان المأمور صبيا، =

مسألة :

قال: احفر لي في هذا الحائط بابا، وهو لغيره. ضمن الحافر، ورجع على آمره، ولو (قاله) (١)، (وترك) (٢) لفظة لي لم يرجع، ولو كان الآمر ساكنا في الدار، أو (استأجره) (٣) على الحفر، رجع الحافر على آمره. انظر "المنتقى" (٤)

=

او أمره بحفر باب في حائط الغير، فيضمن الحافر، ويرجع به على الآمر.

(٤) (يضمن) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: تضمن

(٥) (امر) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٦) (مأموره) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: مأمون

(٧) (لا) في: أ، ب، جـ، هـ، وساقطة من د

(٨) المراجع السابقة

- وما ذكره في الذخيرة من أن الاكراه لا يكون الا من السلطان هو رأي الامام ابي حنيفة رحمه الله، وأما عند صاحبيه رحمهما الله اذا جاء من غير السلطان ما يجيئ من السلطان، فهو اكراه صحيح شرعا، والفتوى على قولهما. (انظر: الهندية ٥:٣٥)

(٩)

(١٠) (ليس) في: أ، ب، جـ، هـ، وساقطة من د

(١١) (لو) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: أو

(١٢) الضمير في قوله (فيه) عائد على السير الكبير

(١٣) (أمره) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: أمر السلطان

(١٤) المراجع السابقة

- قال في الخانية ٣:٤٨٣: "الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول أبي حنيفة رحمه الله، وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به، وعليه الفتوى، وان غاب المكره عن بصر من اكرهه يزول الاكراه، ونفس الأمر من السلطان يكون اكراها، وعندهما أن كان المأمور يعلم أنه لو لم يفعل ما أمره به، يفعل به ما يفعل السلطان كان أمره اكراها".

(١) (قاله) في: أ، د، هـ، وفي ب، جـ: قال

(٢) (وترك) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: ولم يترك

(٣) (استأجره) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: استأجر

(٤) جامع الفصولين ٢:٧٨، فصول العمادي لوحة ١٤٣ وجه ب.

وانظر الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٦:٢١٤، الأشباه والنظائر :٢٨٣

- ووجه القول بتضمين الآمر اذا قال لفظة (لي). او كان ساكنا الدار أو استأجر الحافر، لأن هذه الأمور من علامات الملك، والا فلا يرجع الحافر، لان امر الامر لم يصح بزعم المأمور. (انظر: حاشية رد المحتار ٦:٢١٤)

فرع:

(الجابي) (١) لو أمر العوان (٢) بالأخذ، ففيه نظر، باعتبار الظاهر ضمن الآخذ لا الجابي، وباعتبار (السعي) (٣) ضمن الجابي، فتأمل فيه عند (الفتوى) (٤) هكذا أشار اليه في "الفتاوي الصغرى".

وقال "قاضيخان": الفتوى على أن الآخذ ضمن على كل حال، ثم لو دفع المأخوذ الى آمره رجع عليه (لا لو) (٥) تلف عنده. ولو أنفقه في حاجة الآمر، فهو كمأمور بالانفاق من مال نفسه في حاجة الآمر،

وقيل: رجع لو شرط الرجوع. وقيل: الأصح أنه يرجع شرطه أولا.

قال في "المحيط: والمختار أو الجابي لا يضمن.، وأما الجابي لو (أرى) (٦) الأعوان بيت رب الملك، ولم يأمره بشيء، أو الشريك أرى (العوان) (٧) بيت شريكه حتى أخذ المال، أو اخذ من بيته رهنا بالمال المطلوب لأجل ملكه، وضاع (الرهن) (٨) فالجابي والشريك لم (يضمنا) (٩) بلا شبهة، اذ لم يوجد منه أمر، ولا حمل، ودفع العوان ممكن بطريقة. وأما دفع السلطان فلا يمكن. (١٠)

---

(١) (الجابي) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: الحاجب
- والجابي هو: الذي يباشر الجباية للوالي، (انظر: حاشية خير الدين الرملي ٢: ٧٨)
(٢) العوان هو: الذي يعين الجابي على الأخذ. (انظر: المرجع السابق)
(٣) السعي، ومنه الساعي وهو: الذي يرفع الأمر الى من يغرم، أو الى اعوانه ليغرمه مالا. (انظر: المرجع السابق).
(٤) (الفتوى) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: الفتاوي
(٥) (لا لو) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: لو لا
(٦) (ارى) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: رأى
(٧) (العوان) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: الأعوان
(٨) (الرهن) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: الدين
(٩) (يضمنا) في: ب، جـ، د، هـ، جامع الفصولين، وفي أ: يظمنا
(١٠) جامع الفصولين ٢: ٧٨، فصول العمادي لوحه ١٤٣، وجه ب، لوحة ١٤٤، وجه أ.
وانظر: الهندية ٥: ١٤٢، البزازية ٦: ١٨٤، ١٨٩

مسألة :

سعى الى سلطان ظالم حتى غرم رجلا، فلو سعى بحق نحو ان كان يؤذيه، وعجز عن دفعه (الا بسعيه) (١)، أو فاسقا لا يمتنع بالأمر، ففي مثله لا يضمن الساعي كذا في "العدة" (٢)

قال "قاضيخان" : (٣). لو سعى اليه بأن لفلان مالا كثيرا، (أو وجده) (٤)، أو أصاب ميراثا، أو عنده مال لفلان الغائب، أو أنه يريد الفجور بأهلي، أو ضربني أو ظلمني، فلو كان السلطان ممن يأخذ بهذه الأسباب، ضمن لو كان كاذبا، وكذا لو كان صادقا الا أنه غير متظلم، ومحتسب في ذلك (٥)

وفي "الذخيرة" : لم يضمن المضروب لو سعى. (٦)

---

(١) (الا بسعيه) في: جامع الفصولين، وفي أ، ب، جـ، د، هـ: لا يسعه

(٢) جامع الفصولين ٢:٧٨، فصول العمادي لوحة ١٤٤، وجه أ، وانظر: حاشية خير الدين الرملي ٢:٧٨، الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٦:٢١٣

- وقد ذكر ابن عابدين في الحاشية ٦:٢١٣ أن هاتين الصورتين من المسألة لا ضمان فيهما على الساعي اجماعا لازالة الضرر

(٣) الفتاوي الخانية ٣:٢٤٠

(٤) (او وجده) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: أو جدة

(٥) انظر: المراجع السابقة وانظر: البزازية ٦:١٨٨ - ١٨٩

- والفتوى في المذهب على وجوب تضمين الساعي دفعا لفساده، وزجرا له، وان كان غير مباشر، فان السعي سبب محض لاهلاك المال. وقد كان السيد أبو شجاع جوز قتل السعاة، لأنهم ممن يسعى في الأرض في الفساد، ويثاب قاتلهم، وكان يفتي بكفرهم، ومختار المشايخ أنه لا يفتي بكفرهم، وجواز القتل لا يدل على الكفر، كما في قتال المحاربين. (انظر: حاشية رد المحتار ٦:٢١٣)

- قال في الدر المختار ٦:٢١٣: "ويضمن لو سعى بغير حق عند محمد زجرا له - أي الساعي، وبه يفتى، وعزر".

- قال خير الدين الرملي في حاشيته ٢:٧٩: "قال الغزي: وهل يؤخذ ذلك من تركة الساعي، بعد موته، أم لا؟ صرح في جواهر الفتاوى: بأن ذلك يؤخذ من تركة الساعي، حيث قال: رجل سعى الى سلطان برجل فأخذ منه مالا، ثم مات الساعي، فللمظلوم أن يأخذ قدر الخسران من تركة الساعي، هكذا ذكر، وهو الصحيح".

(٦) انظر: المراجع السابقة

فرع :

السعاية الموجبة للضمان أن يتكلم (بكذب) (١) يكون سببا لأخذ المال منه، أو لا يكون قصده اقامة الحسبة، كما لو قال عند السلطان: أنه وجد مالا، وقد وجد المال، فهذا يوجب الضمان. اذ الظاهر أن السلطان يأخذ منه المال بهذا السبب. انظر: "الفتاوي الرشيدية" (٢)

مسألة :

ادعى عليه سرقة، وقدمه الى السلطان، يطلب منه ضربه حتى يقر، فضربه مرة، أو (مرتين) (٣) فحبسه، وخاف من التعذيب والضرب، فصعد السطح لينفلت، فسقط (عن) (٤) السطح، فمات، وقد غرم في هذا الأمر، فظهرت السرقة على يد غيره، فللورثة أخذ مدعي السرقة بدية مورثهم، (وبغرامة) (٥) أداها الى السلطان. انظر: "فتاوي ظهير الدين" (٦)

فرع :

لو قال: وجد كنزا، فظهر كذبه ضمن الا اذا كان السلطان عادلا، لا يغرم بمثل هذه السعايات، أو قد يغرم، (وقد) (٧) لا يغرم، بريء الساعي، ولو وقع في (قلبه) (٨) أنه يجيء الي امرأته، أو أمته، فرفع الى السلطان فغرمه، فظهر كذبه لم يضمن الساعي عندهما. وضمن عند "محمد" وبه يفتى لغلبة السعاة في زماننا. من "العدة (٩)

---

(١) (بكذب) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: بكذا

(٢) جامع الفصولين ٢: ٧٩، فصول العمادي لوحة ١٤٤، وجة أ، وانظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٦: ٢١٣
- راجع التعليق على المسالة السابقة.

(٣) (مرتين) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: مرات

(٤) (عن) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: في

(٥) (وبغرامة) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: لغرامة

(٦) المراجع السابقة
- قال خير الدين الرملي في حاشيته ٢: ٧٩: "وفي القنية: شكا عند الوالي بغير حق، وأتى بقائد، فضرب المشكو عليه فكسر سنه، أو يده، يضمن الشاكي ارشه كالمال. وقيل: ان حبس من شكايته فهرب، وتسور جدار السجن، فاصاب بدنه وتلف يضمن الساعي . . ولو مات المشكو عليه بضرب القائد لا يضمن الشاكي، لأن الموت فيه نادر، فسعايته لا تفضي اليه غالبا"
- والديه الواجبة في المسألة تتحملها العاقلة، لانه دخل في القتل في التسبب. (انظر: المرجع السابق).

(٧) (وقد) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: وقيل

(٨) (قلبه) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: بطنه

(٩) انظر: المراجع السابقة

فصل

أمر قنًّا بإباق، أو قال له: أقتل نفسك، ففعل. ضمن قيمته. ولو (أمره) (١) باتلاف مال مولاه، فأتلفه لم يضمن الآمر، اذ بأمره بإباق، وقتل صار غاصبا اذا استعمله في ذلك الفعل. وأما بالأمر باتلاف مال مولاه لم يصر غاصبا لماله، وانما صار غاصبا لقنه، وهو لم يهلك، وانما المتلف مال المولى بفعل قنه، من "فتاوي رشيد الدين" (٢)

مسألة:

قال في "الصغرى": استعمال قن الغير، (كغصبه) (٣)، فيضمن لو هلك في ذلك العمل. (٤) ولو أودع قنا، فبعثه المودع في حاجته صار غاصبا، وان (كان) (٥) بينهما قن استخدمه أحدهما بغيبة الآخر، فمات في خدمته لم يضمن، وفي الدابة ضمن.

وفي "نوادر هشام": (ضمن) (٦) القن أيضا. (٧)

فرع:

قال في القنية: راد الآبق استعمله في حاجته في الطريق، ثم أبق منه ضمن. (٨)

---

(١) (امره) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: أمر

(٢) جامع الفصولين ٢: ٨٠، فصول العمادي لوحة ١٤٤، وجه ب. وانظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٤: ٢١٣، البزازية ٦: ١٨٨

(٣) (كغصبه) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: كقبضة

(٤) انظر: المراجع السابقة

- قال في البزازية ٦: ١٨٤: "استخدام عبد الغير اذا اتصل به الخدمة غصب كقبضة بلا اذنه، حتى اذا أهلك في ذلك العمل يضمن، وان لم يتصل به الخدمة لا يضمن، علم أنه عبد الغير أم لا".

(٥) (كان) في: أ، ب، جـ، وساقطة من د، هـ

(٦) (ضمن) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: وضمن

(٧) جامع الفصولين ٢: ٨٠، فصول العمادي لوحة ١٤٤، وجه ب، وانظر: البزازية ٦: ١٨٨

- ونظير هذه المسالة ما ذكره في الخانية ٣: ٢٤٦: "رجل بعث غلاما صغيرا في حاجة له بغير اذن أهل الغلام، فرأى الغلام غلمانا، يلعبون، فانتهى اليهم، وارتقى سطح بيت، فوقع ومات، ضمن الذي بعثه في حاجته، لأنه صار غاصبا بالاستعمال".

(٨)جامع الفصولين ٢: ٨٠

مسألة :

قال في "فوائد صاحب المحيط" : قال: إني حر فاستعملني، فاستعمله، وهلك، ثم ظهر أنه قن. ضمن علم، او لا، وهذا لو استعمله (١) (في عمل نفسه، اما لو استعمله) (١) في عمل غيره لا يضمن، اذ لا يصير به غاصبا، كقوله لقن غيره: ارتق الشجرة، وانثر (الثمر) (٢) لتأكله أنت فسقط لم يضمن الآمر، ولو قال: لنأكله انت وأنا. أفتى "قاضيخان" (٣): أنه ينبغي أن يضمن قيمته كله اذا (استعمل) (٤) كله في منفعته، كذا على حاشيته بعض كتب "الذخيرة" (٥)

وفيها: قن حمل (كوز) (٦) ماء (لينقل) (٧) الى بيت مولاه باذنه، فدفع اليه رجل كوزه، ليحمل (ماء له) (٨) من الحوض فهلك في الطريق.

قال "صاحب المحيط" مرة: يضمن نصف قيمته، ثم مرة ثانية،

قال: (يضمن) (٩) كل قيمته، اذ فعله نسخ فعل المولى فصار غاصبا كل القن (١٠)

فرع :

قال في "التجريد" : استخدم قن غيره بلا أمره، أوقاد دابته، أو ساقها، أو حمل عليها شيئا، أو ركبها ضمن، هلك في تلك الخدمة أو غيرها.

قال في "الذخيرة" : لو ركبها ضمن ساقها اولا في ظاهر الرواية

وروي: إنما ضمن لو ساقها. ، والله تعالى اعلم (١١)

---

(١) (في عمل . . . استعمله) في : أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٢) (الثمر) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: الثمن

(٣) الفتاوي الخانية ٣:٢٣٧

(٤) (استعمل) في : أ، جـ، وفي ب، د، هـ: استعمله

(٥) جامع الفصولين ٢:٨٠، فصول العمادي لوحة ١٤٤، وجه ب، وانظر الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٦:٢١٥ - قال في حاشية رد المحتار ٦:٢١٥: "هذا ما علل به قاضخان حين افتى بالضمان ووجهه، أن نفع الآمر لا يحصل الا باستعمال العبد كله لعدم تجزئته، وان قصد العبد نفع نفسه أيضا.

(٦) (كوز) في: جـ، د، هـ، وفي أ، ب،: كوزة

(٧) (لينقل) في: أ، وفي ب، جـ، د، هـ: لينقله

(٨) (ماء له) في: أ، وفي ب، جـ، د، هـ: ماءه

(٩) (يضمن) في: أ، جـ، د، هـ وفي ب: ضمن

فصل

في التسبب والدلالة:

قال في "الفتاوي": لو تعلق برجل، وخاصمه، فسقط من المتعلق به شيء، فضاع، ضمن المتعلق. (١)

هدم بيت نفسه، فانهدم بيت جاره لم يضمن. اذ لم يتعدّ (٢)

مسألة:

لو ضرب رجلا، فسقط المضروب مغشيا عليه وسقط منه شيء.

قال "محمد": يضمن ما معه، وما عليه من ثياب لأنه مستهلك (٣)، من "غريب الرواية"

مسألة:

قال في "القنية": ضربه، فسقط ومات، ضمن ماله، وثيابه اذا ضاعت.

وفيه: ضربه، فأغمى عليه، ولم يمكنه (البراح) (٤) فأخذ ثوبه لا يضمن.

وفيه: خرقت احدى المرأتين اذن الأخرى في المشاجرة، فسقط القرط، فضاع لم تضمن. (٥)

=

(١٠) انظر: المراجع السابقة

(١١) جامع الفصولين ٢:٨١، فصول العمادي لوحة ١٤٤، وجه ب، وانظر الخانية ٣:٢٣٥

- قال في الخانية ٣:٢٣٥: «وذكر "الناطفي" رحمه الله رجل ركب دابة رجل بغير اذنه، ثم نزل، فماتت، قال: يضمن في رواية الأصل.

وعن أبي يوسف: أنه لا يضمن، وعنه أنه يضمن، قال الناطفي رحمه الله الصحيح أن على قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لا يضمن حتى يحول عن موضعها».

(١) جامع الفصولين ٢:٨٣، فصول العمادي لوحة ١٤٥، وجه أ، وانظر: الخانية ٣:٢٤٠، الهندية ٦:١٧٨.

- وقال في الخانية تعليقا على المسألة: "وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل، إن سقط بقرب من صاحب، المال، وصاحب المال يراه، ويمكنه ان يأخذه لا يكون ضامنا"

(٢) جامع الفصولين ٢:٨٣، فصول العمادي لوحة ١٤٥، وجه أ، وانظر: البزازية ٦:١٨٧، ١٨٨.

(٣) المراجع السابقة

(٤) (البراح) في أ، ب، د، هـ، وفي جـ: الخراج

(٥) المراجع السابقة

فرع:

قال "أبو بكر الرازي": (١) ألقاه في حوض، أو نهر، ومعه دراهم فسقطت في الحوض، فلو (سقطت) (٢) عند القائه ضمن لانه بفعله، لا لو سقطت وقت خروجه (عن) (٣) الماء، لأنه بفعل مالكها. (٤)

مسألة:

قال في "الفتاوى": خرق صك غيره، ضمن قيمته مكتوبا، وكذا (دفتر) (٥) الحساب. هذه الجملة (في) (٦) "خزانة الفقه" (٧). (٨)

---

(١) المسألة منسوبة في كتابي جامع الفصولين، وفصول العمادي الى فوائد الرستغني، والتي رمز اليه في جامع الفصولين بالرمز (ز) - زين - فظنها المصنف - وهمًا - (ر) - وهي رمز استعمله صاحب جامع الفصولين للاشارة الى ابي بكر الرازي، المعروف بالجصاص

(٢) (سقطت) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: سقط

(٣) (عن) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: من

(٤) جامع الفصولين ٢: ٨٣، فصول العمادي لوحة ١٤٥، وجه أ.

(٥) (دفتر) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: دور

(٦) (في) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: من

(٧) المسألة منسوبة في كتابي جامع الفصولين، وفصول العمادي الى فتاوي الديناري وليس الى خزانة الفقه

(٨) المراجع السابقة، وانظر: الخانية ٣: ٢٤٠

وفي "فوائد ظهير الدين": قال له: اسلك هذه الطريق (فإنه) (١) آمن، فسلك. فأخذه اللصوص لا يضمن. ولو قال: لو مخوفا (٢): (وأخذ) (٣) مالك، والمسألة بحالها (٤)، (ضمن) (٥)، فصار الأصل أن المغرور قضاء (انما يرجع على الغار لو حصل الغرور في ضمن المعاوضة،أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصا) (٦). (٧).

ولو قال الطحان لبرار (٨): اجعل (البر) (٩) في الدلو، فجعله فيه، فذهب من الثقب الى الماء، والطحان كان عالما به يضمن. اذ غره، في ضمن العقد، وهو يقتضي السلامة. (١٠)

قال في "المحيط": ما ذكر من الجواب في قوله: فان أخذ مالك، فأنا ضامن (مخالف) (١١) لما ذكره "القدوري". فقد ذكر: أن من قال لغيره من غصبك من الناس أو من بايعت من الناس، فأنا ضامن لذلك، فهو (باطل) (١٢). (١٣)

---

(١) (فانه) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: فسلك، فانه

(٢) اي والحال ان الطريق مخوف، لان الطريق المخوف يؤخذ المال فيه غالبا. (انظر: حاشية رد المحتار ٥:٣٣٢)

(٣) (وأخذ) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: وان أخذ

(٤) أي فسلك الطريق، وأخذ ماله

(٥) (ضمن) في: أ، د، هـ، في ب: يضمن، وفي جـ: فضمن

(٦) (انما .. نصا) في: جامع الفصولين، وساقطة من أ، ب، جـ، د، هـ

(٧) جامع الفصولين ٢:٨٣، فصول العمادي لوحة: ١٤٥، وجه ب، وانظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥:٢٣٢ - ٢٣٣، الهندية ٥:١٥٠ الأشباه والنظائر: ٢١٤

- ووجه عدم صحة الكفالة في الصورة الاولى من المسألة هو أن المكفول عنه مجهول، ولا تصح الكفالة مع جهالة المكفول عنه. وأما وجه صحة الصورة الثانية من المسألة وهي لو قال: (لو مخوفا - اي الطريق) فهو: أنهم جوزوا الضمان فيه مع جهل المكفول عنه زجرا عن هذا الفعل كما في تضمين الساعي. (انظر: حاشية رد المحتار ٥:٢٣٢)

- قال ابن نجيم في الأشباه: ٢١٤: "الغرور لا يوجب الرجوع، فلو قال اسلك هذه الطريق، فانه آمن، فسلكه فأخذه اللصوص، أو كل من هذا الطعام، فأكله، فمات، فلا ضمان، وكذا لو اخبره رجل أنها حرة، فتزوجها فظهرت انها مملوكة، فلا رجوع بقيمة الولد على المخبر الا في ثلاث

الأولى: اذا كان الغرور بالشرط، كما لو زوجة امرأة على أنها حرة، ثم استحقت، فانه يرجع على المخبر بما عزمه للمستحق من قيمة الولد

الثانية: أن يكون في ضمن عقد معاوضة، فيرجع المشتري على البائع بقيمة الولد اذا استحقت بعد الاستيلاء. ويرجع بقيمة البناء لو بنى المشترى ثم استحقت الدار بعد أن يسلم البناء له . .

الثالثة: أن يكون عقد يرجع نفعة الى الدافع، كالوديعة، والاجارة، حتى لو هلكت الوديعة، أو العين المستإجرة، ثم استحقت،وضمن المودع، والمستأجر،فانهما يرجعان على الدافع بما ضمناه، وكذا من كان بمعناهما.وفي العارية،=

المسألة:

دفع ثوبة الى دلال ليبيعه، فساومه رب حانوت بثمن معلوم، وقال: أحضر رب الثوب لأعطيه الثمن، فذهب، وعاد، فلم يجد الثوب في الحانوت. ورب الحانوت يقول: أنت أخذته. (وهو) (١) يقول: ما أخذته، بل تركته عندك (صدق الدلال مع يمينه، لأنه أمين) (٢). وأما رب الحانوت، فلو اتفقا على أنه أخذه رب الحانوت ليشتريه (بما سمى من ثمن) (٣)، فقد دخل في ضمانه، فلا يبرأ بمجرد دعواه، (فيضمن) قيمته، ولو لم يتفقا على ثمن (لم) (٤) يضمن. اذ المقبوض على سوم الشراء انما يضمن لو اتفقا على ثمن من كتاب "الدعاوى والبينات لصاحب المحيط" (٥)

مسألة:

لو عرضه الدلال على رب دكان، وتركه عنده، فهرب رب الدكان، فذهب لم يضمن الدلال في الصحيح، لأنه أمر لابد منه في البيع قاله: في "بعض الفتاوى" (٦)

=

والهبة لا رجوع، لأن القبض كان لنفسه، وتمامة في الخانية في فصل الغرور". (راجع: الخانية ٢:٢٣٠)

(٨) أي صاحب البر، وهو الحب

(٩) (البر) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: البرق

(١٠) المراجع السابقة

(١١) (مخالف) في: أ، د، هـ، وفي ب، جـ: يخالف

(١٢) (باطل) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: بط

(١٣) المراجع السابقة

- قال ابن عابدين في الحاشية ٥:٢٣٢: "وأجاب في "نور العين" بأن عدم الضمان في مسالة القدوري لعدم التغرير، فظهر الغرق".

(١) (وهو) في: أ، جـ، د، هـ، وساقطة من ب

(٢) (صدق .. أمين) في: ب، جـ، د، هـ وساقطة من أ

(٣) (بما سمى من ثمن) في: أ، جـ، د، هـ، وساقطة من ب

(٤) (لم) في: أ، د، هـ، وفي ب، جـ: له

(٥) جامع الفصولين ٢:١٠٠، فصول العمادي لوحة، ١٥٣، وجه أ

- قال خير الدين الرملي في حاشيته ٢:١٠٠ تعليقا على المسألة (قوله دفعه الى دلال ليبيعه .. الخ) أقول: سواء ذكر الثمن من جانب المشتري، أو البائع على ما حققه الشيخ زين الدين ابن نجيم في شرح الكنز المسمى بالبحر، ورأيت ما حرره الطرطوس في أنفع الوسائل: من أنه لابد أن يذكر من جانب البائع المساوم، أو من جانبه، وجانب البائع، وأما اذا ذكر من جانب البائع فقط فلا ضمان".

(٦) المراجع السابقة، وانظر: الهندية ٥:١٥٣، البزازية ٤:٤٨٦.

المسألة:

قال وكيل (البيع) (١): بعته من رجل لا أعرفه، وسلمته، ولا أقدر عليه ضمن، وهذا بخلاف مسألة القمقمة (٢)، وهي دفع اليه قمقمة، وقال له: ادفعها الى من يصلحها، فدفعها، ولا يعلم الى من دفع (لم) (٣) يضمن، كمن وضع الوديعة في بيته، ونسيها، وقد هلكت لم يضمن، من "فتاوى ظهير الدين" (٤)

(مسألة) (٥):

وكله ببيع قنّه، وهو في (المصر)(٦)، فأخرجه من المصر، وباعه ضمن استحسانا، ولم يجز بيعه على الآمر، لتقييد الوكالة بالمصر، فخالف باخراجه، (فضمن) (٧). (٨)

ووكيل البيع لو خالف بأن استعمله، أو دفع الثوب الى قصار (٩) ليقصره حتى صار ضامنا، فلو عاد الى الوفاق (١٠) (يبرأ) (١١) المودع، والوكالة باقية في بيعه، وأصل المسألة في كتاب "(شرح) (١٢) الحيل". (١٣)

---

(١) (البيع) في: أ، ب، وفي جـ: الجميع، وفي د، هـ: المبيع

(٢) القمقمة: لفظة رومية معربة تعني اناء العطاء، أو اناء من نحاس يسخن فيه الماء، ويسمى المحم، وأهل الشام يقولون (غلاية) (انظر: المصباح المنير ٢:٥١٧)

(٣) (لم) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: لا

(٤) جامع الفصولين ٢:١٠١، فصول العمادي لوحة: ١٥٣، وجه ب، وانظر: الهندية ٥:١٥٧.

- قال في البزازية ٦:٤٨٧: "لو دفع الدلال، أو الوكيل الثوب الى من يعرضه على البيع، أو على من يريد الشراء، فنسي أوضاع بأن هرب به الآخذ، قيل: ان لم يأذن بالدفع يضمن، وان اذن بالدفع لا. وقيل: يضمن مطلقا، وهو الأصح. وقال صاحب المنظومة لا يضمن. واختار البعض: انه لا يضمن اذا لم يفارقه فان فارق ضمن .. والبعض على أن المدفوع اليه أن كان مأمونا لا يضمن، لأنه مأذون بالدفع اليه عادة، والا يضمن"

(٥) (مسألة) في: أ، وفي ب، جـ، د، هـ: فرع

(٦) (المصر) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: مصر

(٧) (فضمن) في: أ، جـ، وفي ب، د، هـ: ضمن

(٨) جامع الفصولين ٢:١٠٩ فصول العمادي لوحة ١٥٣، وجه ب. وانظر البزازية ٦:٤٨٤

- قال خير الدين الرملي في حاشيته ٢:١٠١: "وفي شرح الكنز: والوكيل بالبيع اذا سافر فيما وكل ببيعه، قالوا: ان قيده بمكان، بأن قال له: بعه بالكوفة. فسافر به يضمن، وإن أطلق اطلاقا. فسافر به لا يضمن، اذا سرق أوضاع فيما لا حمل له، ويضمن فيما له حمل، ومؤنة"

(٩) القصار: هو من يعمل بحرفة القصارة وهي حرفة تقوم على ازالة لون الثياب (انظر: القاموس المحيط ٢:١١٨)

(١٠) اي عاد الى الأصل اي أصل لون الثوب

(١١) (يبرأ) في: د، هـ، جامع الفصولين، وفي أ، ب، جـ: بين

(١٢) (شرح) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: أصل

(١٣) المراجع السابقة

قال في "العدة" : دفع خفه الى خفاف ليصلحه وتركه في دكانه ليلا، فسرق برئ لو كان في الدكان (حافظ) (١)، وفي السوق حارس، والا ضمن.

قال في "الذخيرة" : كان "ظهير الدين المرغناني" (يفتي بالبراءة مطلقا) (٢).

وقيل: يعتبر العرف، لو كان العرف أن يتركوا الأشياء في الحوانيت بلا حارس ولا حافظ يبرأ، لا لو كان العرف بخلافه (٣)

مسألة :

سوقي قام من دكانه الى (صلاة) (٤) وفيها الودائع، لم يضمن لأنه غير مضيع اذ جيرانه يحفظونه. (ليس) (٥) هذا ايداع (المودع) (٦) الى غيره، ليقال ليس للمودع (أن يودع) (٧)، لكن هذا (مودع) (٨) لم يضيع. من "فتاوى ظهير الدين" (٩)

---

(١) (حافظ) في: أ، جـ، د، هـ وفي ب: حافظ العدة

(٢) (يفتي ... مطلقا) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٣) جامع الفصولين ٢:١٠٤، فصول العمادي لوحة ١٥٥، وجه أ، وانظر: البزازية ٦:١٩٦ - ١٩٧، الهندية ٤:٣٤٤

- قال في البزازية ٦:١٩٦ - ١٩٧ "دفع خفه الى خفاف ليصلحه، فيضعه في حانوته، فسرق، ان في الحانوت حافظ، أو في السوق حارس لا يضمن، والحاصل ان العبرة للعرف، حتى لو ترك الحانوت مفتوحا، أو حلق الشبكة على بابه ونام ففي بخاري في النهار ليس بتضييع، وفي الليل اضاعة، وفي خوارزم لا يعد اضاعة في اليوم ، والليلة".

- وهذه المسألة متفرعة على أصل هو أن العارية، والوديعة، والعين المستأجرة في يد المستأجر أمانة لا تضمن الا بالتعدي أو التقصير في الحفظ (انظر البزازية ٦:١٩٥)

(٤) (صلاة) في: أ، وفي ب، جـ، د، هـ: صلاته

(٥) (ليس) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: وليس

(٦) (المودع) في: أ، ب، د، هـ وساقطة من جـ

(٧) (أن يودع) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: ويودع

(٨) (مودع) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٩) المواجع السابقة

- قال في البزازية ٦:١٩٧: "قام من حانوته الى الصلاة وفيها ودائع الناس فضاعت لا ضمان، وان أجلس على بابه ابنا له صغيرا فضاع ان كان الصبي يعقل الحفظ لا ضمان، والا يضمن"

مسألة :

مات المودع مجهلا الوديعة ضمن. يعني اذا مات ولم يعلم حال الوديعة، أما اذا عرفها الوارث، والمودع يعلم أنه يعرفها فمات لم يضمن. فلو قال الوارث: انا علمتها. وأنكر الطالب، لو فسرها بأن قال: كانت كذا، وكذا، وقد هلكت صدق (ككونها) (١) عنده، كذا في "العدة".

وفي "الذخيرة" قال ربها، مات مجهلا، وقال ورثة المودع: كانت قائمة ومعروفة ثم هلكت بعد موته. صدق ربها. (هو) (٢) الصحيح اذ الوديعة صارت (دينا) (٣) في الظاهر في التركة، فلا يصدق الورثة، ولو قال ورثته: ردها في حياته، أو تلفت في حياته لم يصدق بلا بينة (لانه بموته) (٤) مجهلا، فتقرر الضمان، ولو برهنوا أن المودع قال في حياته: رددتها يقبل. اذ الثابت بينة كثابت بعيان (٥)

---

(١) (ككونها) في: أ، جـ، وفي ب: كونها، وفي د، هـ: لكونها

(٢) (هو) في: أ، ب، حـ، وفي د، هـ: وهو

(٣) (دينا) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٤) (لانه بموته) في: ب، وفي أ، جـ: بموته، وفي د، هـ: كموته

(٥) جامع الفصولين ٢:١٠٨، فصول العمادي لوحة ١٥٧، وجه أ، وانظر الهندية ٤:٣٤٩ - ٣٥٠، الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥:٦٦٦-٦٦٧

- ووجه القول بضمان الوديعة اذا مات الوديع مجهلا اياها هو ما قاله في مجمع الفتاوى "المودع، أو المضارب، أو المستعير، أو المستبضع، وكل من كان المال في يده أمانة اذا مات قبل البيان، ولم تعرف الأمانة بعينها، فانه يكون دينا عليه في تركته لأنه صار مستهلكا للوديعة بالتجهيل" (انظر حاشية رد المحتار ٥:٦٦٦)

- ومعنى موته مجهلا أن لا يبين حالها (انظر المرجع السابق)

- قال في الأشباه ٢٧٣: (الأمانات تنقلب مضمونة بالموت الا في ثلاث: الناظر اذا مات مجهلا غلات الوقف، والقاضي اذا مات مجهلا أموال اليتامى عند من أودعها، والسلطان اذا أودع بعض الغنيمة عند الغازي ثم مات، ولم يبين عند من أودعها)

فصل

الوديعة (١) لا تودع، ولا تعار، ولا تؤجر (٢)، والمستأجر (يؤجر)((٣) ويعار (٤) (والعارية (٥) تعار) (٦)، ولا تؤجر (٧).

قيل: يودع المستأجر، (والعارية) (٨) اذ يصح (اعارتهما) (٩)، وهي (أقوى) (١٠) من الايداع المفرد، اذ هو الأمر بالحفظ بلا انتفاع، فيصح (الادنى) (١١) بالطريق الأولى.

وقيل: لا (لأنهما) (١٢) أمانة، وليس للأمين أن يسلم الأمانة (الى) (١٣) من لا يدخل حرزه، وانما جاز اعارته، (لإذن) (١٤) المعير، والمؤجر، لاطلاق الاذن بالانتفاع، ومثل هذا الاذن معدوم في الايداع، فهو باق على أصل الحجر فليس له الايداع

فان قيل: اذا أعار، فقد أودع، (قلنا) (١٥): الايداع فيه ضمين لا قصدي، والأصل أنه قد (يثبت) (١٦) تبعا ما (يبطل) (١٧) قصدا، أو يثبت تضمينا ما يبطل تصريحا. الا يرى أن بيع حمل الأمة صح تبعا لا وحده، (وله) (١٨) نظائر كثيرة في الفقه. والله تعالى أعلم (١٩)

---

(١) الوديعة: هي أمانة تركت عند الغير للحفظ قصدا، واحترز بالقيد الأخير من الأمانة، وهي ما وقع في يده من غير قصد، كالقاء الريح ثوبا في حجر غيره، وكالعبد الآبق في يد آخذه، واللقطة في يده، وغير ذلك والفرق بينهما بالعموم، والخصوص، فالوديعة خاصة، والأمانة عامة، وحمل العام على الخاص صحيح دون عكسه، ويبدأ في الوديعة عن الضمان اذا عاد الى الوفاق، ولا يبرأ في الأمانة، (التعريفات ٢٥١)

(٢) جامع الفصولين ٢: ١٠٩، فصول العمادي لوحة: ١٥٧، وجه ب وانظر: الأشباه والنظائر ٢٧٣، الهندية ٤: ٣٣٨

- قال في المبسوط ١١: ١١٣ - ١١٤ 'وعندنا: ليس للمودع ان يودع غيره، لأن الحفظ يتفاوت فيه الناس، والمودع انما رضي بحفظه، وأمانته دون غيره، فاذا دفع الى اجنبي، فقد صار تاركا للحفظ الذي التزمه مستحفظا عليه من استحفظ منه، فيكون ضامنا، ... وكذلك العارية في جميع ذلك لأنها أمانة كالوديعة، وفي هذا بيان أن المستعير ليس له ان يودع أجنبيا كالمودع'

(٣) (يؤجر) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: يؤجره.

(٤) انظر: المراجع السابقة

- قال في الدر المختار ٦: ٢٨: 'وله السكنى بنفسه، واسكان غيره باجارة، وغيرها وكذا كل مالا يختلف بالمستعمل، يبطل التقييد لأنه غير مفيد، بخلاف ما يختلف به'

(٥) العارية: هي بتشديد الراء تمليك منفعة بلا بدل. والتمليكات أربعة أنواع: فتمليك العين بالعوض بيع، وبلا عوض هبة، وتمليك المنفعة بعوض اجارة، وبلا عوض عارية (انظر التعريفات ١٤٦) =

....

=

(٦) (والعارية تعار) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: والعار لا تعار

(٧) انظر: المراجع السابقة

- قال في الهندية ٤: ٣٦٤: 'ليس للمستعير أن يؤاجر المستعار، وان كانت الاعارة تمليكا عندنا، كذا في 'الظهيرية ... وله أن يعير غيره سواء كان شيئا يتفاوت فيه الناس في الانتفاع به، أولا يتفاوتون اذا كانت الاعارة مطلقة ولم يشترط على المستعير أن ينتفع بها بنفسه، فاما اذا شرط عليه ذلك فله أن يعير مالا يتفاوت الناس في الانتفاع به دون ما يتفاوتون فيه كذا في 'خزانة المفتين'

(٨) (والعارية) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: والعادة

(٩) (اعارتهما) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: اعارتها

(١٠) (اقوى) في: ب، جـ، د، هـ، وفي أ: الأقوى

(١١) (الادنى) في: جامع الفصولين، وفي أ، جـ، : الأول، وفي ب، د، هـ: الإذن

(١٢) (لأنهما) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: لانها

(١٣) (الى) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: الا

(١٤) (الاذن) في: جامع الفصولين وفي أ، ب، جـ، د، هـ: ثبت

(١٥) (قلنا) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: فان

(١٦) (يثبت) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: ثبت

(١٧) (يبطل) في: جامع الفصولين، وفي أ، ب، جـ، د، هـ: يثبت

(١٨) (وله) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: وبه

(١٩) جامع الفصولين ٢: ١٠٩، فصول العمادي لوحة ١٥٧، وجه ب وانظر: المبسوط ١١: ١١٤.

- قال في المبسوط ١١: ١١٤: 'وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله: له ذلك - أي للمستعير أن يودع - لأن للمستعير أن يعير فيما لا تتفاوت الناس في الانتفاع به، وفي الاعارة ايداع وزيادة ولكن الأول أصح - أي عدم جواز الايداع من المستعير - لان المستعير عندنا مالك للمنفعة، فاعارته من الغير تصرف فيما هو مملوك له، ثم يتعدى تسليمه الى العين حكما لتصرفه في ملك نفسه فلا يكون موجبا للضمان عليه، فأما ايداعه من الغير، فهو تصرف في العين، ولا حق له في العين، فيكون موجبا للضمان عليه كالايداع من المودع'.

- وأما عن ايداع المستأجر فقد قال في الهندية ٤: ٤٧٢ 'ذكر في شرح الطحاوي أن للمستأجر أن يعير، ويودع، ويؤجر ذكر المسألة مطلقة وتأويلها اذا كان المستأجر شيئا لا يتفاوت الناس في الانتفاع به أما اذا كان شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به فليس له أن يؤجر، ولا أن يعير، حتى أن من استأجر دابةليركبها بنفسه، وليس له أن يؤجر غيره، ولا أن يعيره كذا في الذخيرة'.

فصل
في اعارة الدواب، وما يتعلق بها

قال في "الذخيرة": استعار دابة، أو استأجرها ليشيع جنازة، فلما (نزل) (١) لصلاة الجنازة، دفعها الى رجل (ليصلي) (٢) وصار الحفظ بنفسه في هذا الوقت مستثنى

قال في "الفتاوي الظهيرية": نزل عن الدابة في الصحراء، وأمسكها، فانفلتت لم يضمن دل هذا على أن المعتبر أن لا يغيبها عن بصره. (٣)

مسألة:

قال في "فتاوى الفضلي" عن "محمد": دفعها الى رجل ليمسكها حتى يصلي ضمن، لو شرط ركوب نفسه، والا فلا

قال في "الذخيرة": نزل في السكة عن دابة اجارة، أو اعارة، ودخل المسجد (عنها) (٤) ضمن.

منهم من قال: ضمن على كل حال، (واطلاق) (٥) "محمد" يدل عليه، وبه يفتى.

قال في "شرح السرخسي" (٦): لأنه بدخول المسجد ضيعها (لو) (٧) غيبها عن بصره الا يرى أنه لو سرقت في هذه الحالة سقط القطع، (ويؤيده) (٨) ما قال "محمد" رحمه الله عقيب هذه المسألة: نزل (عنها) (٩) في صحراء يصلي، فأمسكها فانفلتت لم يضمن، اذ لم يضيعها، وعلى هذا لو دخل بيته، وتركها في السكة ضمن ربطها، اولا، اذ غيبها عن بصره، فلو تصور أن يدخل مسجدا، أو بيتا، والدابة لم تغب عن بصره لم يضمن. وبه يفتى (١٠)

---

(١) (نزل) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: ترك

(٢) (ليصلي) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين (٢/ ١١٠): ليصلي لم يضمن وهو الصحيح

(٣) جامع الفصولين ٢: ١١٠، فصول العمادي لوحة ١٥٨، وجه أ، وانظر: المبسوط ١١: ١٤٨، الهندية ٤: ٣٦٦.

(٤) (عنها) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين (٢/ ١١٠) وخلي عنها، وهو صحيح

(٥) (واطلاق) في: أ، ب. د، هـ، وفي جـ: وطلاق

(٦) المبسوط ١١: ١٤٨

=

مسألة :

قال في كتاب "الخلاصة للمفتي" : سلمها الى رجل ليسلمها الى ربها، ضمن.

قال أبو "الليث" : هذا لو شرط الانتفاع بنفسه، فأما لو أطلق فلا ضمان اذ العارية تودع (١)

مسألة :

استعمل ثورا، وفرغ، ولم يحل حبله فذهب الى (المرج) (٢) (فخنق) (٣) به (٤) ضمن

مسألة :

ربط حمار العارية بحبل، فاختنق، لم يضمن (٥)

---

(٧) (لو) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين (٢/ ١١٠) : اذا وهو الصحيح

(٨) (ويؤيده) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: ويؤيد

(٩) (عنها) في: ب، جـ، د، هـ، وجامع الفصولين، وساقطة من أ

(١٠) المراجع السابقة في الحاشية رقم (٧)

- قال في المبسوط ١١ :١٤٨ : "واذا كان على دابة باعارة، أو اجارة، فنزل عنها في السكة ليصلي، فخلى عنها، فهلكت، فهو ضامن لها، وكذلك اذا أدخل الحمل في بيته، وخلى عنها في السكة، لأنه ضيعها حين تركها في غير حرز لا حافظ معها".

(١) جامع الفصولين ٢ :١١٠، فصول العمادي لوحة، ١٥٨، وجه ب.

- قال في الهداية ٩ :١٧ : "ومن استعار دابة مع عبده، أو أجيره لم يضمن .. واذ ردها مع أجنبي ضمن، ودلت المسألة على أن المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض المشايخ، وقال بعضهم: يملكه لأنه دون الاعارة".

(٢) (المرج) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: المراح

(٣) (فخنق) في: أ، ب، جـ، وي د، هـ: فاختنق

(٤) المراجع السابقة. وانظر: الهندية ٤ :٣٦٧، البزازية ٩ :٢١٣.

- قال في الخانية ٣ :٣٨٥ "ولو استعار بقرا، واستعمله، ثم تركه في المسرح، فضاع، ان علم أن صاحبه يرضى بكون البقر في المسرح وحده لا يضمن، وان لم يعلم بذلك ضمن".

(٥) جامع الفصولين ٢ :١١٠، فصول العمادي لوحة: ١٥٨، وجه ب. وانظر: الهندية ٤ :٣٦٧.

فصل
في اجارة الدواب، ووجوب الضمان لمستأجر الدابة أن يؤجر، ويعير، ويودع (١)

استأجر حمارا من (كاشان) (٢) الى بخارى (فعي) (٣) الحمار في الطريق، ومالكه ببخاري، فأمر المكتري (٤) رجلاً لينفق على الحمار كل يوم قدرا معلوما، وسمى له الأجر الى أن يصل اليه مالكه، فأمسك الأجير الحمار أياما، وأنفق عليه، (فهلك) (٥) في يده.

قالوا: لو اكتراه لركوب نفسه ضمن. ولو اكتراه، ولم يسم الراكب (يبرأ) (٦) لانه لو اكتراه لنفسه ليس له أن يعير، ولا أن يؤجر، فليس له الايداع أيضا. ولو لم يسم الراكب كان (له) (٧) الاعارة، والاجارة فله الايداع. (٨)

---

(١) جامع الفصولين ٢:١١٥، فصول العمادي لوحة، ١٩١، وجه أ
- قال في جامع الفصولين تعليقا على المسألة "وهذا انما يستقيم فيما لا يتفاوت فيه الناس".
- وقد سبق التعليق على هذه المسألة في فصل ضمان المستعير
(٢) (كاشان) في: أ، وفي ب، جـ، د، هـ: كشى
(٣) (فعي) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: فعمي
- وعي: أي عجز يقال: عي بالأمر اذا عجز عنه. (انظر: المصباح المنير ٢:٤٤١، القاموس المحيط ٤:٣٦٨).
(٤) المكتري هو المستاجر، والكراء بالمد، الأجرة، وهو مصدر في الاصل من كاريته والفاعل مكار على النقص، والجمع مكارون، ومكارين، مثل قاضون، وقاضين ومكاريون بالتشديد خطأ (انظر: المصباح المنير ٢:٥٣٢)
(٥) (فهلك) في: أ، د، هـ، وفي ب، جـ: وهلك
(٦) (يبرأ) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: برأ
(٧) (له) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: له لأن
(٨) المراجع السابقة في الحاشية رقم (١)، وانظر: الخانية ٢:٣٤٩، الهندية ٤:٤٩٧

فصل

قال في "العدة" : استأجر حمارا الى بخارى، (فعي) (١) ، فتركه، (فضاع) (٢) لم يضمن، ولو كان مالك الحمار مع الحمار، فمرض الحمار (في الطريق) (٣) فترك الحمار، والمتاع لم يضمن للضرورة، والعذر

ولو عمي الحمار، أو عجز عن المضي فباعه (المشتري) (٤) وهلك ثمنه في الطريق (فلو) (٥) كان في (موضع) (٦) (لا) (٧) يصل الى الحاكم ليأمره ببيعه يبرأ ولو أمكن ذلك، أو (يستطيع) (٨) امساكه، أو رده أعمى ضمن قيمته (٩)

واقعة الفتوى: (استأجره) (١٠) وحمل عليه، وله آخر، فسقط حماره في الطريق، فاشتغل به، (فذهب المستأجر) (١١) وهلك، فلو كان بحال لو اتبع المستأجر لهلك حماره، أو متاعه لم يضمن، والا ضمن، استدلالا بما ذكره في "الذخيرة" : ان الأمين انما يضمن بترك الحفظ بلا عذر(١٢)، (أما لو كان بعذر) (١٢) فلا يضمن، حتى أن البقرة لو ندت من (السرح) (١٣)، وترك الأجير اتباعها لئلا يضيع الباقي فهلك الذي ند يبرأ.

وفيه (١٤): لو كان المستأجر حمارين فاشتغل بحمل أحدهما، فضاع الآخر (لو)(١٥) غاب عنه بصره ضمن

قال "عماد الدين" في "فصوله" فعلى هذا ينبغي أن يضمن في مسألة (الفتوى)(١٦) (لو غاب) (١٧) عن بصره، فيتأمل عند (الافتاء) (١٨). والله أعلم (١٩).

---

(١) (فعي) في: د، هـ، وفي أ، ب، جـ: فعمي

(٢) (فضاع) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ

(٣) (في الطريق) في: ب. جـ، د، هـ وساقطة من أ

(٤) (المشتري) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين (١١٦/٢): المستاجر، وهو الصحيح.

(٥) (فلو) في: ب، د، هـ، وفي أ، جـ :ولو

(٦) (موضع) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: مرضى

(٧) (لا) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ: لم

(٨) (يستطيع) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: ليستطيع

(٩) جامع الفصولين ١١٦:٢، فصول العمادي لوحة ١٦١، وجه أ، وانظر: البزازية ٨٤:٥

....

---

(١٠) (استأجره) في: أ، جـ، د، هـ، وفي ب: استأجر
(١١) (فذهب المستأجر) في: ب، جـ، د، هـ وساقطة من أ
(١٢) (أما ... بعذر) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من جـ
(١٣) (السرح) في: أ، ب، جـ، وفي د، هـ :المسرح
(١٤) الضمير في قوله: (فيه) عائد على كتاب الذخيرة
(١٥) (لو) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: أو
(١٦) (الفتوى) في: أ، ب، د، هـ، وفي جـ: الفتاوي
(١٧) (لو غاب) في: ب، جـ، د، هـ: وساقطة من أ
(١٨) (الافتاء) في: أ، د، هـ، وفي ب، جـ: الفتوى
(١٩) جامع الفصولين ٢:١١٦، فصول العمادي لوحة ١٦١، وجه أ

الباب (السابع) (١) والأربعون

في القضاء بأحكام السكوت

السكوت رضا في مسائل (٢) منها: سكوت البكر عند (إستئمار) (٣) الولي قبل التزويج وبعده، هذا لو (زوجها) (٤) الوليّ، حتى لو زوج الجدّ مع قيام الأب لا يكون سكوتها رضا. (٥)

ومنها: سكوتها عند قبض مهرها، لو قبض المهر أبوها، أو من زوّجها، فسكتت يكون اذناً بقبضه، إلا أن تقول لا تقبضه، (فإذاً) (٦) لم يجز القبض عليها، ولا يبرأ الزوج. (٧)

ومنها: سكوت الصبيّة إذا بلغت بكراً يكون رضا، ويبطل خيار بلوغها، لا لو بلغت ثيباً. (٨)

---

(١) (السابع) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: الرابع.

(٢) القاعدة العامة في السكوت أنه لا يعتبر حجة، ولا معبراً عن الرضا. للقاعدة الشرعية، والتي ذكرتها المجلة في المادة (٥٧): «لا ينسب إلي ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان، بيان»، وذلك لأن عدم القول هو المتيقن ودلالة السكوت مشكوك فيها، ما لم تدعمها قرائن مرجحة، فلو رأى الشخص ماله في يد غيره يبيعه، وظل ساكتاً، كان له أن يدعي به بعد ذلك ، ولا يعتبر سكوته عند البيع اعترافاً، ولا إجازة للبيع.

والمراد بمعرض الحاجة الذي يكون فيه السكوت في حكم البيان، والتعبير: كل موطن يلزم فيه التكلم لدفع ضرر، أو غرر، أو يكون فيه السكوت طريقة عرفية للتعبير، وعلى هذا تتخرج المسائل الذي ذكرها المصنف رحمه الله.

(أنظر: المدخل الفقهي ٢:٩٧٣ - ٩٧٤، الأشباه والنظائر ١٥٤).

(٣) (إستئمار) في: أ، ب، هـ، وفي ج: استئذان، وفي د: استثمار.

(٤) (زوجها) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: زوجه.

(٥) جامع الفصولين ٢:١٣٨، وانظر: الأشباه والنظائر: ١٥٤، الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٤:٤٨٢.

- قال في الهداية ٣: ٢٦٤ - ٢٦٦: «وإذا استأذنها، فسكتت، أو ضحكت فهو اذن لقوله صلى الله عليه وسلم: «البكر تستأمر في نفسها، فإن سكتت فقد رضيت».

أخرج عبد الرزاق عن ابن المسيب مرسلاً (٦/ ١٤٢ رقم ١٠٢٨) قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: استأمروا الأبكار في أنفسهن فإنهن يستحيين، فإذا سكتت فهو رضاها» ورجاله رجال الشيخين ومرسلات ابن المسيب من أصح المراسل، وأخرج نحوه أيضا (٦/ ١٤٢ - ١٤٣ رقم ١٠٢٨٤) عن نافع بن جبير مرسلاً، وفي إسناده رجل مجهول وبقية رجاله رجال الصحيح.

وقد وصله مسلم وغيره عن ابن عباس بإسناد آخر، أخرجه مسلم (٢/ ١٠٣٧ رقم ١٤٢١/ النكاح/ استئذان الثيب)=

ومنها: قبض هبة، وصدقة بحضرة المالك، كان اذناً بقبضه.

ومنها: (ابرأ) (١) مديونه، فسكت يبرأ، ولو ردّ يرتد بردّه.

ومنها: الإقرار يصح، ولو سكت المقرّ له، يرتد برده.

ومنها: الوكالة، وكله بشيء، فسكت الوكيل، وباشره صحّ، ويرتد بردّه، فلو وكله ببيع قنّه، فلم يقبل، ولم يردّ، فباعه جاز، ويكون قبولاً، وكذا لو أوصى إلى رجل، فسكت في حياته، فلما مات باع الوصي بعض التركة، أو تقاضى دينه، فهو قبول للوصاية.

ومنها: أسر قنّ لمسلم، فوقع في الغنيمة، وقسم، ومولاه حاضر فسكت، بطل حقه.

ومنها: كان المشتري مخيراً، فرأى القنّ يبيع، ويشتري، فسكت (بطل) (٢) خياره. ولو كان الخيار للبائع لم يبطل خياره. (٣)

=

وبلفظ آخر من ابي هريرة أخرجه البخاري (الفتح ٩/ ١٩١ رقم ٥١٣٦/ النكاح/ لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاهما). ومسلم (٢/ ١٠٣٦ رقم ١٤١٩) وأخرجه ايضا بقية الجماعة. وعن عائشة أخرجه البخاري (٩/ ١٩١ رقم ٥١٣٧) ومسلم (٢/ ١٠٣٧ رقم ١٤٢٠) وغيرهما. ولفظ المصنف فنقول بالمعنى، وهو من تصرفات الفقهاء، والأمر في هذا الحديث يسير: لأن المعنى واحد. والله أعلم.

ولأن جنبة الرضا فيه راجحة، لأنها تستحي عن إظهار الرغبة لا عن الرد. والضحك أدل على الرضى من السكوت، بخلاف إذا ما بكت، لأنه دليل السخط والكراهة. وقيل: إذا ضحكت كالمستهزئة لا يكون رضا، وإذا بكت من غير صوت لم يكن رداً. قال: (وان فعل هذا غير ولي). يعني استأمر غير الولي (أو وليّ غيره أولى منه ، لم يكن رضا حتى تتكلم به) لأن هذا السكوت لقلة الإلتفات إلى كلامه، فلم يقع دلالة على الرضا، ولو وقع فهو محتمل، والإكتفاء للحاجة، ولا حاجة من حق غير الأولياء، بخلاف ما إذا كان المستأمر رسول الولي لأنه قائم مقامه، ويعتبر في الإستئمار تسمية الزوج، على وجه تقع به المعرفة، لتظهر رغبتها فيه، من رغبتها عنه».

(٦) (فإذاً) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فاذن، خطأ إملائي.

(٧) المراجع السابقة في الحاشية رقم (٥)

- قال في شرح فتح القدير ٣:٢٦٣: «ان العادة جرت بقبض الآباء أصدقة الأبكار، ليجهزوهن بها، مع أموال أنفسهم، من غير معارضة البنات في ذلك لآبائهن، ولإستحياء البنات في المطالبة، والإقتضاء، فكان الإذن منهن ثابتاً دلالة نظراً. لما ذكرنا، فعن ذلك يبرأ الزوج بالدفع إليه، إلا أن يوجد نهيها صريحاً. لأن الدلالة لا تعتبر مع الصريح».

(٨) المراجع السابقة.

- والسكوت يعتبر رضا في خيار البلوغ بالنسبة للبكر اعتباراً بحالة ابتداء النكاح، فكما يعتبر سكوتها عند ابتداء النكاح رضا، فكذلك عند بلوغها، على خلاف الثيب التي لا يقبل منها في الحالين إلا التصريح. (أنظر: الهداية وشرح فتح القدير ٣: ٢٨٠ - ٢٨٣).

(١) (أبرأ) في ج، وفي: أ، ب، د، هـ: إبراء.

(٢) (بطل) في: أ، ب، د، هـ وفي ج: فبطل.

(٣) جامع الفصولين ٢:١٣٩، فصول العمادي لوحه: ١٧٢، وجه ب، وانظر: الأشباه والنظائر: ١٥٤، الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٤:٤٨٢ - ٤٨٣، شرح فتح القدير ٣: ٣٦٤ - ٣٦٥.

ومنها: للبائع حبس المبيع لثمنه، فلو قبضه المشتري، ورآه البائع وسكت كان، إذناً في قبضه، الصحيح، والفاسد فيه سواء في رواية، وهو رضا بقبض في الفاسد لا في الصحيح من رواية.

ومنها: علم الشفيع بالبيع، وسكت (بطلت) (١) شفعته.

ومنها: رأى قنّه يبيع، ويشتري، كان مأذوناً في التجارة، لا في بيع (ذلك) (٢) العين، وهل يحنث به في (يمينه) (٣) لو حلف لا يأذن له فيها؟ يحنث في ظاهر الرواية، لا في رواية عن «أبي يوسف» رحمه الله.

ومنها: باع القنّ، وهو حاضر، علم به وسكت. وفي رواية: فانقاد للبيع والتسليم، ثم قال: أنا حرّ، لا يقبل قوله.

وفي «نوادر ابن سماعه»: وسكت، وهو يعقل، فهو إقرار برقه، وكذا لو رهنه، أو دفعه بجناية، وهو (ساكت) (٤)، بخلاف ما لو آجره، أو عرضه للبيع، أو زوجه، أو ساومه، فسكوته هنا ليس بإقرار. (٥)

---

(١) (بطلت) في: د، هـ، وفي أ، ب،ج: بطل.

(٢) (ذلك) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: تلك.

(٣) (يمينه) في: ب، ج، وفي د، هـ: هبته، وفي أ: عينه.

(٤) (ساكت) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: يسكت.

(٥) جامع الفصولين ٢: ١٣٩، فصول العمادي لوحة: ١٧٢ وجه ب، وانظر حاشية رد المحتار ٤: ٤٨٢، الأشباه والنظائر: ١٥٤.

ومنها: السكوت (قبل) (١) البيع عند (الإخبار) (٢) بالعيب رضا بالعيب، حتى لو قال رجل لآخر: هذا (العين) (٣) معيب، فسمعه، وأقدم مع ذلك على شرائه فهو رضا بالعيب لو كان المخبر عدلاً، لا لو كان فاسقاً عند «أبي حنيفة»، وعندهما: هو رضا، ولو كان فاسقاً. (٤)

ومنها: باع عقاراً، وامرأته، أو ولده، أو بعض أقاربه حاضر، فسكت، ثم ادعاه على المشتري من كان حاضراً وقت البيع.

أفتى «مشايخ سمرقند»: أنه لا يسمع، وجعل سكوته في هذه الحالة. (كإقرار)(٥) دلالة قطعاً للأطماع الفاسدة. وأفتى «مشايخ بخارى»: أنه يسمع، فينظر المفتي في ذلك، فلو كان في (رأية) (٦) (أنه) (٧) لا يسمع، لإشتهار المدعي بحيلة، وتلبيس.

وأفتى به كان حسناً (لسد باب) (٨) التزوير. (٩)

مسألة:

قال في «الذخيرة»: الحاضر عند البيع لو بعثه البائع إلى المشتري، وتقاضاه الثمن لا تسمع دعواه الملك لنفسه بعده، لأنه يصير مجيزاً للبيع بتقاضيه، كذا في الفصل التاسع من «فصول الإسروشني». (١٠)

وفي «شرح الكنز» : (رآه) (١١) يبيع عرضاً، أو داراً، فتصرف فيه المشتري زماناً وهو ساكت (تسقط) (١٢) دعواه. (١٣)

---

(١) (قبل) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: عند.

(٢) (الإخبار) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: الحيازة.

(٣) (العين) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: العبد.

(٤) جامع الفصولين ٢: ١٣٩، فصول العمادي لوحة: ١٧٣، وجه ب، وانظر: حاشية رد المحتار ٤: ٤٨٢، والأشباه والنظائر: ١٥٥.

(٥) (كإقرار) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: كإقراره.

(٦) (رايه) في: ب، و في: أ، ج، د، هـ: رواية.

(٧) (انه) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

....

(٨) (لسد باب) في أ، وفي: ب، ج، د، هـ: سداً لباب.

(٩) المراجع السابقة

- ووجه قول مشايخ بخارى بنظر المفتي في ذلك، لإختلاف التصحيح في المسألة. وأما المتون فعلى فتوى مشايخ سمرقند، فقد مشى عليه في الكنز والملتقى. (انظر: حاشية رد المحتار ٤: ٤٨٢).

- والمسألة مقيدة بالبيع، أما لو آجر، أو رهن، أو أعار، فالظاهر أنه تسمع الدعوى. (انظر: المرجع السابق، حاشية خير الدين الرملي ٢: ١٣٩).

(١٠) جامع الفصولين ٢: ١٣٩، حاشية رد المحتار ٤: ٤٨٢، شرح فتح القدير ٣: ٢٦٥، الأشباه والنظائر: ١٥٥.

(١١) (رآه) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: رأى غيره.

(١٢) (تسقط) في: جامع الفصولين، وفي أ، ب، ج: سقط، وفي د، هـ: سقطت.

(١٣) المراجع السابقة

- قال في حاشية رد المحتار ٤: ٤٨٢: «رآه يبيع عرضاً، أو داراً، فتصرف فيه المتشري زماناً، وهو ساكت تسقط دعواه، أي ان الأجنبيّ كالجار مثلا لا يجعل سكوته مسقطاً لدعواه بمجرد رؤية البيع، بل لا بد من سكوته أيضاً عند رؤية تصرف المشتري فيه زرعاً، وبناءً، بخلاف الزوجة، والقريب، فان مجرد سكوته عند البيع يمنع دعواه».

الباب الثامن والأربعون

في القضاء فيما يمنع عنه، وفيما لا يمنع وفيما يحل فعله، وفيما لا يحل

أراد أن يحدث ظلة (١) في (طريق) (٢) (العامة) (٣)، وهي لا تضرّ بالعامة، فالصحيح من (مذهب) (٤) «أبي حنيفة» أن لكل من المسلمين حق المنع، والطرح. (٥) (قال «محمد» رحمه الله: له حق المنع، لا الطرح.

قال «أبو يوسف» رحمه الله: ليس له كلاهما. (٦). ولو ضرّ. (فلكل منهم) (٧) حق المنع، والطرح) (٨) والرفع (٩). وإحداثها في سكة غير نافذة لم يجز بلا إذن أهلها، ضرّ أو لا. (١٠)

وذكر «الطحاوي»: أن إحداثها على طريق العامة (يباح) (١١) قبل أن يخاصمه أحد لا بعده، ولا الإنتفاع. ويأثم بتركها. (١٢)

قال «أبو يوسف» و «محمد»: يباح له الإنتفاع (لو لم يضرهم) (١٣). (١٤)

---

(١) الظلة: هي التي أحد طرفي جذوعها على حائط هذه الدار، وطرفها الاخر على حائط الجار المقابل. (أنظر: التعريفات: ١٤٤).

(٢) (طريق) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: الطريق.

(٣) (العامة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: العام.

(٤) (مذهب) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: غريب مذهب.

(٥) جامع الفصولين ٢: ١٩١، فصول العمادي لوحة: ١٩٦، وجه ب، وانظر: الهداية والعناية وتكملة شرح فتح القدير ١٠/٣٠٦ - ٣٠٧، الهندية ٦: ٤٠، الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٦: ٥٩٢، البزازية ٦:٤١٧.

- وتفصيل قول الإمام أبي حنيفة رحمه الله هو: انّ لكل أحد من عرض الناس اي اضعفهم، وأرذلهم مسلماً كان او ذمياً أن يمنعه من الوضع سواء كان فيه ضرر، أو لم يكن، إذا أراد الوضع بغير إذن الإمام، لأن فيه الإفتيات على رأي الإمام فيما إليه تدبيره، فلكل أحد أن ينكر عليه. (أنظر: العناية ١٠: ٣٠٧).

- ووجه قول الإمام رحمه الله في أن لكل واحد من عرض الناس حق المنع هو أن كل واحد صاحب حق بالمرور بنفسه، فكان له حق النقض، كما في الملك المشترك، فان لكل واحد حق النقض لو أحدث غيرهم فيه شيئاً، فكذا في الحق المتشرك. (أنظر: الهداية ١٠: ٣٠٧).

(٦) المراجع السابقة.

....

- ذكرخير الدين الرملي في حاشيته ٢: ١٩١ أن هنالك روايتان عن محمد رحمه الله في المسألة، الرواية الأولى، وهي التي ذكرها المصنف، من أن لكل واحد حق المنع لا الطرح، والراواية الثانية، أنه ليس لأحد المنع، ولا الرفع. وكذلك الأمر بالنسبة للروايات عن أبي يوسف رحمه الله. فالأولى ما ذكره المصنف ليس لأحد حق المنع، أو الرفع، والثانية، ان لكل المنع من الوضع لا الرفع.

وقد ذكر في العناية ١٠:٣٠٧، ما يؤيد كلام الخير الرملي في الروايات.

(٧) (فلكل منهم) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: ولكل منهما.

(٨) (قال ..... والطرح) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٩) المراجع السابقة.

(١٠) المراجع السابقة.

- ووجه الفرق بين السكة النافذة، وغير النافذة في وجوب طلب الإذن، هو أنه في النافذة يتعذر الوصول إلى الجميع لطلب الإذن، بخلاف غير النافذة، ولأن غير النافذة تكون مملوكة لهم، ولهذا وجبت الشفعة لهم على كل حال، فلا يجوز التصرف أضر بهم، أم لا، إلا بإذنهم. (انظر: الهداية، والعناية ١٠: ٣٠٧).

(١١) (يباح) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: مباح.

(١٢) المراجع السابقة.

- قال عماد الدين في فصوله لوحة: ١٩٦ وجه ب: «وهل يباح إحداث الظلة على طريق العامة، ذكر «الطحاوي» رحمه الله: ان يباح، ولايأثم قبل أن يخاصمه أحد، وبعد المخاصمة لا يباح الإحداث، والإنتفاع، ويأثم بترك الظلة».

(١٣) (لو لم يضرهم) في: د، هـ، وفي أ: لو يضرهم، وفي ب، ج: لا لهم.

(١٤) المراجع السابقة.

- قال في الهداية ١٠ : ٣٠٧: «ويسع للذي عمله أن ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين، لأن له حق المرور، ولا ضرر فيه، فيلحق ما في معناه به، إذ المانع متعنت، فإذا أضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر، ولا ضرار في الإسلام» - الحديث سبق تخريجه -».

مسألة:

قال في «المنتقى»: إني أمنع (عن) (١) بناء كنيف (٢) ، أو ظلة على طريق العامة فلو بنى يقلع لو ضرّ وإلا لا.

وقال «محمد»: لو أخرج كنيفاً، ولم يدخله داره، (ولا) (٣) يضرّ تركه، ولو أدخله (فيها) (٤) يمنع عنه، والبينه على من يدعي أنه من الطريق.

وقال «محمد»: له ظلة في غير (النافذة) (٥) ليس لأهلها هدمها لو لم يعلم كيف كان أمرها(٦) ولو علم أنه بناها على السكة هدمت، ولو كانت نافذة (٧) في الوجهين. قال «أبو يوسف»: يهدم لو يضرّ، وإلا لا، ثم الأصل أن ما على طريق العامة لو لم يعرف حاله يجعل حديثاً، فللإمام رفعه، وما في غير (النافذة) (٨) لو لم يعلم حاله يجعل قديماً فلا يرفع. (٩)

---

(١) (عن) في أ، د، هـ، وفي ب، ج: من.

(٢) الكنيف هو: بيت الخلاء. (انظر: الدر المختار ٦: ٥٩٢).

(٣) (ولا) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: ولم.

(٤) (فيها) في: ب، ج، د، هـ، جامع الفصولين، وفي أ: فيما.

(٥) (النافذة) في: أ، ب، وفي ج: النافذ، وفي د، هـ: نافذة.

(٦) اي انها قديمة، أو حديثة.

(٧) (نافذة) في جميع النسخ، وفي جامع الفصولين (٢/١٩٢): نافذة هدمت، وهو الصحيح.

(٨) (النافذة) في: أ، ب، وفي ج: النافذ، وفي د، هـ: نافذة.

(٩) جامع الفصولين ٢: ١٩٢، فصول العمادي لوحة: ١٩٦، وجه ب، وانظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٦: ٥٩٢ - ٥٩٤، عيون المسائل ٢: ٣٨٨.

-راجع التعليق على المسألة السابقة، وانظر الروايات عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله.

مسألة :

قال في «الأصل»: غاب أحد شريكي الدار، فأراد الحاضر أن يسكنها رجلاً، أو يؤجرها. لا ينبغي أن يفعل ذلك ديانة، إذ التصرف في ملك (الغير) (١) حرام حقاً لله تعالى، وللمالك. ولا يمنع منه قضاءً، اذ الإنسان لا يمنع عن التصرف (فيما) (٢) في يده لو لم ينازعه أحد. فلو آجر، وأخذ الأجر يرد على شريكه نصيبه لو (قدر) (٣)، وإلا تصدق به لتمكن (الخبث) (٤) فيه بحق شريكه، فكان كغاصب (أجر) (٥) يتصدق بالأجر، وأما نصيبه. (فيطيب) (٦) له، إذ لا خبث فيه، هذا لو أسكن غيره. أما لو (سكن) (٧) بنفسه ليس له ذلك ديانةً قياساً، وله ذلك استحساناً، إذ له أن يسكنها (بإذن) (٨) شريكه حال حضوره، اذ يتعذر عليه الإستئذان في كل مرة، هذا أمر الدور فيما بين الناس، فكان له أن يسكن حال غيبته، بخلاف إسكان غيره إذ ليس له ذلك حال حضرته بلا إذنه، فكذا حال غيبته. (٩)

---

(١) (الغير) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(٢) (فيها) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: بما.
(٣))(قدر) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: قدم.
(٤) (الخبث) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الحق.
(٥) (اجر) في: أ، د، هـ، وساقطة من ب، ج.
(٦) (فيطيب) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: فيطلب.
(٧) (سكن) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: اسكن.
(٨) (بأذن) في جميع النسخ وفي جامع الفصولين(٢/ ١٩٣): بلا إذن، وهو الصحيح للسياق.
(٩) جامع الفصولين ٢: ١٩٣، فصول العمادي لوحة: ١٩٧ وجه ب. وانظر: المبسوط ٣٠/ ١٩٥.
- قال في المبسوط ٣٠/ ١٩٥: « وإذا كانت الدار لقوم وأحدهم شاهد، والاخرون غيب، فأراد الشاهد ان يسكنها انساناً، أو يؤاجرها اياه، ففيما بينه، وبين الله لا ينبغي ان يفعل ذلك، لأنه يكون معيراً، او مؤاجراً نصيب شركائه بغير رضاهم، ولا ولاية له عليهم، وكما لا يتصرف في عين ملكهم، بغير رضاهم لا يتصرف في منفعته ايضاً، ولا يمكنه أن يتصرف في نصيب نفسه بالإسكان، أو الإجارة إلا بعد القسمة، والقسمة لا تتم بالواحد.
وأما في القضاء فإذا لم يكن لهم خصم يخاصمه لم يحل بينه وبين ذلك لأن القاضي لفصل الخصومات لا لإنشائها، وإذا لم يحضر خصم لا يكون له أن يمنع صاحب اليد من التصرف فيما في يده بالإسكان، أو الإجارة، ولكنه إذا علم حقيقة الحال أفتاه بالكف عن ذلك، كما يفتيه به غيره، وان أراد أن يسكنها بنفسه ففي القياس يمنع ذلك فيما بينه وبين ربه، لأنه يصير مستوفياً منفعة نصيب شركائه، وهو ممنوع من ذلك شرعاً، الا ترى لو كان حضوراً منعوه من ذلك، فإذا كانوا غيباً لم يبطل حقهم بغيبتهم فكان هو ممنوعاً شرعاً، وفي الاستحسان يرخص له ذلك، لأنهم قد رضوا جميع الدار في يده، وليس في سكناه إلا اثبات اليد اليه... الخ».

مسألة :

قال في «القنيّة»: دار بينهما غير مقسومة (غاب أحدهما (وسع) (١) الحاضر أن يسكن بقدر حصته، فيسكن الدار كلها. وكذا خادم بينهما) (٢) غاب أحدهما فللحاضر أن يستخدمه بحصته، وفي الدابة لا يركبها الحاضر (لتفاوت) (٣) الناس في الركوب والسكنى، والإستخدام، فيتضرر الغائب، بركوبها (لا بهما) (٤)

قال في (« النوازل») (٥) : عن «محمد» للحاضر أن يسكن كل الدار لو خاف خرابها لو لم يسكنها.

وعن "أبي حنفية" : ليس للحاضر في الأرض أن يزرع بقدر نصيبه، وفي الدار أن يسكنها.

قال في «التجريد» : إنّ له ذلك في الوجهين. (٦) والأصل أن الدار المشتركة في حق السكنى، وتوابعه تجعل (كملك) (٧) لكل من الشريكين على الكمال، إذ لو لم يجعل (كذلك) (٨) يمنع كل منهما من دخوله، وقعوده، ووضع أمتعته فتتعطل عليها منافع ملكهما، وهو لم يجز، فصار الحاضر ساكناً في ملك نفسه، فكيف (يلزم) (٩) الأجر. (١٠)

---

(١) (وسع) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: ويسع.
(٢) (غاب ..... بينهما) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(٣) (لتفاوت) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: لتعارف.
(٤) (لا بهما) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.
(٥) (النوازل) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: النوادر.
(٦) اي حال حضور الشريك أو غيبته.
(٧) (كملك) في: ، ج، وفي أ، د، هـ: الملك.
(٨) (كذلك) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: ذلك.
(٩) (يلزم) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: يلزمه.
(١٠) جامع الفصولين ٢:١٩٣، فصول العمادي لوحة: ١٩٧، وجه ب، وانظر: الخانية ٣: ١١٨، البزازية ٦: ٥٣، حاشية رد المحتار ٦:٢٦٢.

فرع:

قال في «النوازل»: إتخذ داره حظيرة غنم في سكة غير نافذة، ويتأذى جيرانه (بنتن) (١) (السّرقين) (٢)، ولا يأمنون على (الرعاة) (٣). ليس لهم في الحكم منعه. (٤)

مسألة:

قال في «الذخيرة»: أراد أن يبني في داره (تنوراً) (٥) للخبز الدائم، أو رحى للطحن، أو مدقة للقصارين يمنع عنه لتضرر جيرانه ضرراً فاحشاً.

وعن «أبي يوسف»: لو اتخذ (داره) (٦) حماماً، ويتأذى الجيران من دخانها، فلهم منعه، إلا أن يكون دخان الحمام مثل دخان الجيران.

وعن بعضهم: (٧) إذا استفتي عن بناء تنور في ملكه للخبز في وسط البزازين (٨) تارة كان يفتي (بأن له) (٩) ذلك، وتارة يفتي بأنه ليس (له) (١٠) ذلك. (١١)

---

(١) (بنتن) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: بين.

(٢) (السرقين) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: السرجين.

- والسرقين، والسرجين بكسرهما: الزبل. (انظر: القاموس المحيط ٤: ٢٣٤).

(٣) (الرعاة) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: الرعاياة.

(٤) جامع الفصولين ٢: ١٩٤، فصول العمادي: لوحة ١٩٨، وجه أ، وانظر تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي ٤: ١٩٦، المبسوط ١٥: ٢١، حاشية رد المحتار ٥: ٤٤٨.

(٥) (تنوراً) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: تنور. خطأ نحوي.

(٦) (داره) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: داره جيراناً.

(٧) هو أبو عبد الله الضميري (انظر: فصول العمادي لوحة:١٩٨، وجه أ).

(٨) البزازي: جمع بزاز، وهو من يعمل في حرفة البزازة، وهي من البزّ، وهو أي البزّ نوع من الثياب. (انظر: المصباح المنير ١: ٤٧ - ٤٨).

(٩) (بأن له) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٠) (له) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(١١) المراجع السابقة في الحاشية رقم (٤)

- قال ابن عابدين في الحاشية ٥: ٤٤٨: «وذكر الرازي في كتاب الإستحسان: لو أراد أن يبني في داره تنوراً للخبز الدائم، كما يكون في الدكاكين، أو رحى للطحن، أو مدقات للقصارين لم يجز، لأنه يضر بجيرانه ضرراً فاحشاً لا يمكن التحرز عنه، فإنه يأتي منه الدخان الكثير، والرحى، والدق، يوهن البناء، بخلاف الحمام لأنه لا يضر إلا بالنداوة، ويمكن التحرر عنه بأن يبني حائطا بينه وبين جاره، وبخلاف التنور المعتاد في البيوت، أنتهى. وصحح النسفي في الحمّام أن الضرر لو فاحشاً يمنع، وإلا فلا».

- وتفصيل المفتى به في المذهب سيذكره المصنف رحمه الله في المسألة التالية.

مسألة :

قال في «النوازل»: أراد أن يتخذ (رحى) (١) (حواساً) (٢) في بيته. ويضر ذلك (بجاره) (٣) ضرراً بيناً، بأن علم (أن) (٤) دوران الرحى، أو ريحه يوهن بناء جاره يمنع عنه. (٥)

فالحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أنّ من تصرف في خالص ملكه لا يمنع منه، ، ولو أضر (بغيره) (٦)، لكن ترك القياس في محل يضر بغيره ضرراً بيناً.

وقيل: بالمنع، وبه أخذ كثير من مشايخنا، وعليه الفتوى. (٧)

---

(١) (رحى) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٢) (حواساً) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: خراساً.

- أقول: لم استطع معرفة المعنى المراد بحواس أو بخراس على وجه التعيين ولكن قد تكون من الحيس، وهو التمر الذي ينزع نواه، ويدق مع أقط، ويعجنان بالسمن ثم يدلك باليد، حتى يبقى كالثريد، وهو مصدر في الأصل يقال (حاس) الرجل (حيساً) من باب باع اذا اتخذ ذلك. (انظر: المصباح المنير: ١٥٩).

- وإذا كان هذا هو المراد، فيكون المعنى: أراد أن يتخذ في بيته طاحوناً لصنع الحيس. والله تعالى أعلم.

(٣) (بجاره) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: كان.

(٤) (أن) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: بأن.

(٥) جامع الفصولين ٢: ١٩٤، فصول العمادي لوحة: ١٩٨: وجه أ، وانظر: تبيين الحقائق ٤: ١٩٦، حاشية رد المحتار: ٥: ٤٨٨.

- انظر: التعليق على المسألة السابقة.

(٦) (بغيره) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لغيره.

(٧) المراجع السابقة.

- قال ابن عابدين في الحاشية ٥: ٤٨٨ «والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل المالك ما بدا له مطلقاً، لأنه متصرف في خالص ملكه، لكن ترك القياس في موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضرراً فاحشاً وهو المراد بالبيّن، وهو ما يكون سبباً للهدم، أو يخرج عن الإنتفاع بالكلية، وهو ما يمنع الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية، واختاروا الفتوى عليه، فاما التوسع إلى منع كل ضرر ما، فيسدّ باب انتفاع الإنسان بملكه، فانظر كيف جعل المفتي به القياس الذي يكون فيه الضرر بيناً لا مطلقاً، وإلا لزم أنه لو كانت له شجرة مملوكة يستظل بها جاره، وأراد قطعها ان يمنع لتضرر الجار به».

فرع:

داران متلاقيتان جعل ربّ (احداهما) (١) في داره اصطبلاً، وكان في القديم مسكناً، وفيه ضرر بربّ الأخرى.

قال «أبو القاسم الصفار»: لو كان وجوه الدواب إلى الجار لا يمنع، ولو (كان) (٢) (حوافرها) (٣) اليه يمنع، ثم لو خرّبت الدواب في الإصطبل جدار الجار بحوافرها.

قيل: لا يضمن ربّ الدار، إذ لم يباشر، إذ لا ينتقل فعل الدواب إليه، لأنه جُبار(٤)، فلو ضمن إنما يضمن بإدخال الدواب في الإصطبل من حيث التسبب إلى التخريب، إلا أنه لم يتعد في هذا التسبب، (اذ) (٥) أدخلها في (ملكه) (٦) فالتسبب إنما يوجب الضمان عند التعدّي. والله أعلم. (٧)

فصل
في الأشجار المتدلية الاغصان إلى ملك (الغير) (٨)

قال في «فتاوى (ابي) (٩) الليث»: باع ضيعة وللبائع أشجار في ضيعة أخرى (بجنب) (١٠) هذه الضيعة، أغصانها متدلية في المبيعة، فللمشتري أن يأخذه بتفريغ المبيعة من الأغصان المتدلية فيها. وكذا لو ورثها وفي جانبها ضيعة كذلك. لأنه كمورث وله تفريغ ضيعته من تلك الأغصان، فكذا وارثه. (١١)

---

(١) (احداهما) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: احديهما.

(٢) (كان) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: كانت.

(٣) (حوافرها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: جوارها.

(٤) جبار، بالضم اي هدر، ومعناه: البهيمة العجماء تنفلت فتتلف شيئا، فهو هدر. (أنظر: المصباح المنير ١: ٨٩).
- وهذا المعنى مأخوذ من حديث النبي صلى الله عليه وسلم: «العجماء جرحها جبار». أخرجه البخاري عن أبي هريرة (٣/ ٣٦٤ رقم ١٤٩٩/ الزكاة/ في الركاز الخمس) و (٥/ ٣٣ رقم ٢٣٥٥) و (١٢/ ٢٥٤/ و ٢٥٦ رقم ٦٩١٢ و ٦٩١٣). ومسلم (٣/ ١٣٣٤ - ١٣٣٥ رقم ١٧١٠/الحدود/ جرح العجماء، والمعدن والبئر جبار).
وأخرجه غيرهما.
أنظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٦: ٦٠٨.

(٥) (إذ) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: اذا.

(٦) (ملكه) في: أ، د، هـ، وفي ب: ملك،وفي ج: ظله.

(٧) جامع الفصولين ٢: ١٩٤ - ١٩٥، فصول العمادي لوحه: ١٩٨ وجه أ - ب، وانظر: الخانية ٢: ٢٨٤، وراجع: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٦: ٦٠٢،وما بعدها،نظرية الضمان،د. محمد فوزي فيض الله: ١٧٥.=

فرع:

قال في «التجريد»: وقعت شجرة في نصيب أحد المتقاسمين.

أغصانها متدلّية إلى نصيب الآخر. يجبر صاحبها على قطع الأغصان في رواية عن «محمد»، وعنه يترك كذلك. (١)

وفي «كتاب الصلح» (٢) خرج شعب نخلته إلى جاره، فللجار قطعها لتفريغ هوائه.

قالوا: هذا على وجهين، فلو أمكن تفريغة بشدّ الشعب على النخلة أو تفريغة بشد بعضها، فله أن يأخذ رب النخلة بالشدّ لا بالقطع فيما أمكن بشدّة، وأما ما لا يمكن تفريغة إلا بقطعه، فالأولى أن يستأذن ربها، فيقطع بنفسه، أو يأذن له، ولو أبى يرفع إلى القاضي، فيجبره على القطع، ولو لم يفعل الجار كذلك. ولكن قطعها بنفسها ابتداءً، فلو قطع من محل ليس القطع من محل آخر أعلى منه، أو أسفل منه أنفع في حق المالك لم يضمن، ولو كان القطع من محل آخر أنفع منه ضمن جملة. (٣) والله أعلم.

=

(٨) (الغير) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: العين.

(٩) (ابي) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: أبو. خطأ نحوي.

(١٠) (بجنب) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: تحت.

(١١) جامع الفصولين ٢: ١٩٥، فصول العمادي لوحة: ١٩٨، وجه ب، وانظر: الخانية ٢: ٢٨٤.

(١) جامع الفصولين ٢: ١٩٥، فصول العمادي لوحة: ١٩٨، وجه ب، وانظر: المبسوط ١٦: ٢٠.

- قال في المبسوط ١٦: ٢٠ «ولو وقعت شجرة في نصيب أحدهما، وأغصانها متدلية إلى نصيب الآخر، فقد ذكر رستم عن محمد رحمه الله: أن له أن يجبره على قطع تلك الأغصان، وهذا مما لا يستحق إقراره في ملك الغير بسبب من الأسباب، وذكر سماعة عن محمد رحمه الله: أنه يترك كذلك، لأنه بالقسمة استحق الشجرة بأغصانها، فتترك الأغصان على ما كانت عليه عند تمام القسمة».

(٢) قد يكون كتاب الصلح هو باب الصلح من الكتاب السابق وهو التجريد، حيث إني لم أجد كتاباً مستقلاً يسمى الصلح.

(٣) جامع الفصولين ٢: ١٩٥ - ١٩٦، فصول العمادي لوحة: ١٩٨ وجه ب.

- قال خير الدين الرملي في حاشيته ٢: ١٩٦، تعليقاً على المسألة: «قوله: (ولو كان القطع من محل آخر أنفع) أقول: لأنه حينئذ متعد في القطع، لحصول مقصودة بالقطع من المحل الأنفع، فهو بقطع ماليس كذلك متعنت، تأمل».

- قال «خواهر زاده»: أقول لو كان القطع من محل آخر أنفع ينبغي أن يضمن، لو حصل معه التفريغ، وإلا ينبغي أن لا يضمن والله أعلم.

(انظر: المراجع السابقة).

الباب التاسع والأربعون

في القضاء (بالحائط) (١) المتنازع فيه

اعلم أنه لا يخلو إما أن يتصل ببنائهما، أو (ببناء) (٢) أحدهما، أو لا يتصل أصلاً ولكنه بين داريهما.

والإتصال نوعان: إتصال تربيع (٣)، وإتصال مجاورة، (وملازقة) (٤)، (ولا يخلو)(٥) إما أن يكون لهما عليه جذوع (٦) أو لأحدهما جذوع، وللآخر (هراوي) (٧) أو ليس له شيء، (أو لهما) (٨) عليه (هراوي) (٩)، أو لأحدهما فقط، أو لا يكون لهما عليه شيء.

فلو لم يتصل ببنائهما، ولا لهما عليه شيء من جذوع وغيره يقضى به بينهما كذا في "الأصل" (إذ) (١٠) استويا في الدعوى. ولا ينازعهما أحد، وليس أحدهما أولى من الآخر. ومعنى قوله (١١) «يقضى بينهما». أنه لو عرف كونه في يديهما يقضى بينهما قضاء ترك. ولو لم يعرف أنه بيدهما، وقد ادعى كل منهما أنه ملكه وفي يده (يجعل في يديهما اذ لا منازع لهما (لا أنه) (١٢) يقضى بينهما. هذا كدار إدّعاه رجلان كل منهما أنه ملكه، وفي يده) (١٣) يترك في يدهما لو عرف كونه بيدهما، وإلا يجعل في يدهما، لا أنه يقضى بينهما. كذا هنا. (١٤)

---

(١) (بالحائط) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: في الحائط.

(٢) (ببناء) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: بناء

(٣) اتصال التربيع هو أن يتداخل لبن البناء المتنازع فيه في لبن جداره، ولبن جداره، في لبن المتنازع فيه، وساج أحدهما مركب على ساج الآخر، والإتصال بهذه المثابة لا يكون إلا عند البناء. فيدل على أن الباني واحد. وكان «الكرخي» رحمه الله يقول صفة هذا الإتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلاً بحائطين لأحدهما من الجانبين جميعاً، والحائطان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعاً يشبه القبة، فحينئذ يكون الكل في حكم شيء واحد. والمروي عن «ابي يوسف» رحمه الله: أن اتصال جانبي الحائط المتنازع فيه، بحائطين لأحدها يكفي، ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه، وعليه أكثرالمشايخ (انظر: تبيين الحقائق ٤:٣٢٦).

(٤) (وملازقة) في: أ، ب، د، هـ،وفي ج: فيلازقه. =

....

=

(٥) (ولا يخلو) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: لا يخ.

(٦) الجذوع: جمع جذع (بالكسر) وهو ساق النخلة ويسمى سهم السقف (انظر المصابح المنير ١: ٩٤).

والمقصود به هنا: ما يوضع في منتصف السقف للإستناد عليه، ويوضع طرفاه على جدارين متقابلين، وهو الآن مثل الجسور الحديدية في منتصف السقوف. (انظر: الفقه الإسلامي وأدلته ٦: ٥٥٠).

(٧) (هرادي) في جميع النسخ وفي جامع الفصولين (٢/ ٢٠١): هرادي. وهو الصحيح.

- والهرادي جمع هروية. وهي بضم الهاء وسكون الراء المهملة، وكسر الدال المهملة، والياء المشددة، والهرادي بفتح الهاء وكسر الدال وهي عبارة عن قصبات تضم ملوية بطاقات من أقلام، يرسل عليها قضبان الكرم.

(انظر: حاشية رد المحتار ٥: ٥٧٩، حاشية الشلبي ٤: ٣٢٦).

(٨) (أولهما) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: ولأحدهما.

(٩) (هرادي) في جميع النسخ وفي جامع الفصولين (٢/ ٢٠١): هرادي.

(١٠) (إذ) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: اذا.

(١١) الضمير في كلمة قوله عائد على كتاب الأصل أي قوله في الأصل.

(١٢) (لأنه) في: د، هـ، وفي أ، ج: لا أنهما، وفي ب: لأنه.

(١٣) (يجعل .... يده) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٤) جامع الفصولين ٢: ٢٠١، فصول العمادي لوحة: ٢٠١، وجه أ - ب، وانظر: المبسوط ١٧: ٨٩، تحفة الفقهاء ٣: ٣١٠.

- قال في المبسوط ١٧: ٨٩: «وإن لم يكن أي الحائط المتنازع فيه متصلاً ببناء أحدهما، ولم يكن عليه جذوع، فهو بينهما نصفان، لإستوائهما في اليد حكماً، فإنه بكونه بين داريهما يثبت لكل واحد منهما عليه اليد حكماً».

-ومسائل هذا الباب تدخل في مسألة تعارض الدعوتين في أصل الملك اعتماداً على ا لتمسك بظاهر اليد لا على البينات، وتسمى التنازع بالأيدي. (انظر: الهداية والعناية وتكملة شرح فتح القدير ٨: ٢٨٠، البدائع ٦: ٢٥٥).

(وكذا) (١) إن (كان) (٢) لأحدهما (هرادي) (٣) عليه، أو بواري (٤)، ولا شيء للآخر عليه. يقضى بينهما، اذ بوضع (الهرادي) (٥) (لا) (٦) تثبت على الحائط (يد) (٧) استعمال، اذ الحائط إنما يبنى للتسقيف، وذلك بوضع الجذوع عليه لا بوضع (الهرادي) (٨)، والبواري. اذ التسقيف عليها بلا جذوع لا يمكن وهما يوضعان للإستظلال، والحائط (لا تبنى للإستظلال) (٩)، وهو نظير ما لو كان لأحدهما عليه ثوب مبسوط، ولا شيء للآخر، وهناك يقضي بينهما به، اذ ربّ الثوب غير مستعمل للحائط، بالطريق الذي مرّ، وكذا هنا. (١٠)

---

(١) (وكذا) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: وكذلك.

(٢) (كان) في: د، هـ، وساقطة من أ، ج.

(٣) (هرادي) في: أ، ب، ج، وفي د،هـ: الهرادي.

(٤) البواري: جمع بوريّ، أو باريّ، أو باريّة، وهي لفظة معربة تعني: الحصير المنسوج من القصب. (أنظر: مختار الصحاح: ٦٩)

(٥) (الهرادي) في: أ، ب،ج، وفي د،هـ: الهرادي.

(٦) (لا) في: أ، ، د، هـ، وفي ب، ج: لأن.

(٧) (يد) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٨) (الهرادي) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: الهرادي.

(٩) (لا ...... للإستظلال) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٠) جامع الفصولين ٢: ٢٠١، فصول العمادي لوحة: ٢٠١، وجه ب، وانظر المبسوط ١٧: ٨٨.

- قال في المبسوط ١٧: ٨٨: «وإن كان لأحدهما عليه هرادي، أو بواري، لا يستحق به شيئاً، لأن هذا ليس بحمل مقصود، بنيّ الحائط لأجله، فلا يثبت به الترجيح، كما لو تنازعا في دابة، ولأحدهما عليه مخلاة علقها، لا يستحق به الترجيح، بخلاف الجذوع، فانه حمل مقصود بني الحائط لأجله، فيثبت له اليد بإعتباره»

- والمخلاة في قول صاحب المبسوط هي: ما يوضع فيه الخلى، وهو الرطب من الحشيش. (انظر: مختار الصحاح ١٨٩).

وإن لأحدهما عليه جذوع، ولا شيء عليه للآخر، يقضى (به) (١) لربّ الجذوع، لأنه (مستعمله) (٢) ، (وللآخر) (٣) مجرد يد بلا استعمال، واليد المستعملة اولى. كدابة تنازع فيها اثنان، أحدهما راكب. والآخر آخذ بلجامها، فراكب الدابة أولى، وكثوب تنازعا فيه. أحدهما لابسه، والآخر (متعلق) (٤) بطرفه، فلابسه أولى. لما مرّ، (فكذا)(٥) هنا. وجعل الإستعمال مرجحاً إذا استويا يداً. (٦) وكذا لو كان للآخر (هرادي) (٧) لما مرّ أن (الهرداي) (٨) ليس باستعمال، فوجوده، وعدمه سواء. (٩)

وإن لأحدهما جذع واحد، وللآخر (هرادي) (١٠)، أو لا شيء له. لم يذكره «محمد» رحمه الله في ظاهر الرواية.

وقد قيل: لا يقضى له به، إذ الحائط لا يبنى (لوضع)(١١) جذع واحد.

وعن «محمد»: أنه لربّ الجذع، إذ له مع اليد نوع استعمال، إذ وضعه استعمال، حتى قضي لربّ الجذوع، فيكون وضع واحدها استعمالاً للحائط بقدره، وليس للآخر ذلك، وقد (يبنى) (١٢) الحائط لوضع جذع واحد إذا كان البيت صغيراً، هذا لو لم يتصل الحائط ببنائهما. (١٣)

---

(١) (به) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(٢) (مستعمله) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: يستعمله.
(٣) (وللآخر) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: والآخر.
(٤) (متعلق) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: يتعلق.
(٥) (فكذا) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: وكذا.
(٦) جامع الفصولين ٢:٢٠١
- وفيه: أنّ الإستعمال زيادة دليل على الصدق ليس من جنس اليد، فيصلح مرجحاً لها، اذ الظاهر أن الإستعمال إنما يكون للمالك، كما أن الظاهر أن اليد تكون للمالك لا لغيره، وإن الإستعمال يغاير اليد، لأنه إنتفاع بعد ثبوت اليد، فكانت جنساً آخر مغايراً لليد.
(٧) (هرادي) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: هراوي.
(٨) (هرادي) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: هراوي.
(٩) جامع الفصولين ٢:٢٠١، فصول العمادي لوحة: ٢٠١، وجه ب، وانظر: المبسوط ١٧:٨٨، تبين الحقائق مع حاشية الشلبي ٤:٣٢٦.
(١٠) (هرادي) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: هراوي.
(١١) (لوضع) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: لووضع.
(١٢) (يبنى) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: بني.
(١٣) جامع الفصولين ٢:٢٠١، فصول العمادي لوحة:٢٠١،وجه ب،وانظر :تبيين الحقائق ٤:٣٢٧،الخانية ٢:٤١٧-٤١٨.
=

فأما المتصل ببنائهما اتصال تربيع، أو ملازقة، فيقضى به بينهما نصفان إذا إستويا(١). ولو كان اتصال أحدهما تربيعاً، والآخر ملازقة. فالتربيع أولى، لأنه مستعمل للحائط، إذ تفسير اتصال التربيع: إذا كان الجدار (مدر) (٢) أو آجر(٣) أن تكون (أنصاف) (٤) لبن الحائط المتنازع فيه داخله في أنصاف لبن (حائطه) (٥) (و أنصاف لبن حائطه) (٦) داخله في المتنازع فيه. وإن من خشب (فالتركيب) (٧) تركب ساجة(٨) أحداهما في (الأخرى)(٩) أما لو ثقب، وأدخل فيه، لم يكن تربيعاً. وإذا كان تفسيره هذا كان لذي التربيع مع الإتصال نوع استعمال، وللآخر مجرد إتصال، فالإتصال مع الإستعمال أولى فصار كراكب الدابة والمتعلق بلجامها.(١٠)

=

- قال في تبيين الحقائق ٤:٣٢٧: «وإن كان لأحدهما جذع واحد، ولا شيء للآخر اختلف المشايخ فيه، قيل: هما فيه سواء لأن الواحد لا يعتد به. وقيل: صاحب الجذع أولى. لأن الحائط قد يبنى بجذع واحد، وإن كان ذلك غير غالب وإن كان لأحدهما عليه هرادي أو بواري، ولا شيء للآخر، فهو بينهما، والهرادي لا تعبر، ولا البواري».

(١) جامع الفصولين ٢:٢٠١، فصول العمادي لوحة: ٢٠١، وجه ب، وانظر حاشية رد المحتار ٥:٥٧٩.

(٢) (مدر) في: ب، د، هـ، جامع الفصولين، وفي أ: مزا، وفي ج: تسدا.

- والمدر: جمع مدرة مثل قصب، وقصبة، وهو التراب المتلبد. قال الأزهري: هو قطع الطين، وبعضهم يقول: الطين العِلك الذي لا يخالطه رمل. (انظر: المصباح المنير ٢:٥٦٦).

(٣) الآجرّ: بمد الهمزه، والتشديد آشهر من التخفيف، وهو: اللّبن، وهو معرب. (انظر: المصباح المنير ١:٦).

(٤) (انصاف) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: إتصال.

(٥) (حائطه) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٦) (وانصاف لبن حائطه) في: أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ.

(٧) (فالتركيب) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين (٢:٢٠١): فالتربيع ، وهو الصحيح لدلالة السياق.

(٨) ساجة: بمعنى خشبة.

- قال في المصباح المينر ١:٢٩٣: «الساج: ضرب عظيم من الشجر، الواحدة (ساجة)، قال الزمخشري: الساج خشب أسود رزين، يُجلب من الهند، ولا تكاد الأرض تبليه، والجمع (سيجان) مثل، نار، ونيران».

(٩) (الأخرى) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الآخر.

(١٠) المراجع السابقة في الحاشية رقم (١) ، وانظر: البدائع ٦:٢٥٧، تبيين الحقائق ٤:٣٢٦، الهداية والعناية وتكملة شرح فتح القدير ٨:٢٨٤.

- ووجه القول بترجيح صاحب إتصال التربيع، هو أن إتصال التربيع كما شرحه المصنف رحمه الله يكون شاهداً لصاحبه، لأن بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط، ولا يكون هذا إلا عند البناء، فدّل ذلك على أن بانيهما واحد في وقت واحد، فترجع به. (أنظر: الهداية ٨:٢٨٥، تبيين الحقائق ٤:٣٢٦).

ولو إتصل (بأحدهما) (١) ملازقة، أو تربيعاً، وليس للآخر إتصال، ولا جذوع يقضى لذي (الإتصال) (٢) فلا إشكال في التربيع، فكذا الملازقة (إذا) (٣) استويا في الإتصال بالأرض المملوكة، ولأحدهما زيادة (إتصال) (٤) تغاير الأول، وهو الاتصال بالبناء، فيترجح على الآخر(٥).

وكذا لو إتصل بأحدهما، وللآخر (هرادي) (٦) يقضي لذي ا لإتصال (٧)

وإن لأحدهما تربيع، وللآخر جذوع، فلو كان التربيع في طرفي الحائط، فذو التربيع أولى، وعليه عامة المشايخ. وكذا عند «أبي يوسف»، فرجح الإتصال على الجذوع، وإن لكل منهما يد إستعمال، إذ الاستعمال بالتربيع، وهو البناء يسبق على الإستعمال بجذوع، وهو وضعها. إلا أنه لا يرفع جذوع الآخر، بخلاف ما لو برهن ذو التربيع أن الحائط له يرفع جذوع الآخر،

---

(١) (بأحدهما) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٢) (الإتصال) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بالبناء الإتصال.

(٣) (إذا) في: جميع النسخ، والصحيح: إذ: لأن الكلام على حيثية الإتصال لا شرطه.

(٤) (إتصال) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الإتصال.

(٥) جامع الفصولين ٢:٢٠٢، فصول العمادي لوحة: ٢٠١ وجه ب، وانظر: تحفة الفقهاء ٣:٣١٢، البدائع ٦:٢٥٧.

- قال في تبيين الحقائق ٤:٣٢٧: «الأيدي في الحائط على ثلاث مراتب: إتصال تربيع، وإتصال ملازقة ومجاورة، ووضع جذوع، ومحاذاة بناء. ولا علامة لليد في الحائط سوى هذا، فأولاهم صاحب التربيع، فإن لم يوجد، فصاحب الجذوع، فإن لم يوجد، فصاحب المحاذاة».

(٦) (هرادي) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: هراوي.

(٧) جامع الفصولين ٢:٢٠٢، فصول العمادي لوحة ٢٠١، وجه ب، البناية ٧:٥١٠.

- قال العمادي في فصوله: «واذا كان متصلاً ببناء أحدهما، وللآخر عليه هرادي، يقضى لصاحب الإتصال، لأن الهرادي وجودها وعدمها بمنزلة».

إذ البيّة حجة مطلقاً، تصلح للدفع، (والإستحقاق) (١) على الغير. وأما التربيع فهو نوع ظاهر، والملك الثابت به ثابت بنوع ظاهر. (٢)

ولو كان التربيع في (طرف) (٣) واحد.

قيل: هو أولى (٤).

وقيل: الجذوع أولى. (٥)

ولو في اعلى (حائط توزع) (٦) فيه عود، مركب على (عمود) (٧) هو على حائط أحدهما خاصة، وللآخر عليه جذوع (فأيهما أولى ؟ اختلف فيه، والجذوع) (٨) أولى من إتصال ملازقة، إذ ربّ الجذوع مستعمل للحائط، وللآخر مجرد إتصال. (٩)

---

(١) (والإستحقاق) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: الاستعمال.

(٢) أنظر: فصول العمادي لوحة ٢٠٢، وجه أ.

- وفيه: «البيّنة حجة مطلقاً، تظهر في حق الدفع، والإبطال، والإستحقاق على الغير، ألا يرى أن الملك الثابت بالبيّنة كما صلح للدفع، صلح لإستحقاق الشفعة على الغير فأما اتصال التربيع، فهو نوع ظاهر والملك ، الا يرى ان الملك الثابت به ثابت بنوع ظاهر، يظهر للدفع، والإبطال دون الإستحقاق، ألا يرى أن الثابت بظاهر اليد لا يصلح لإستحقاق الشفعة، فكذلك الملك الثابت بالإتصال، يصلح للدفع، ولا يصلح لإبطال حق الجذوع».

(٣) (طرف) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الطريق.

(٤) هذا القول هو اختيار الطحاوي رحمه الله.

- ووجه هذا القول: ان الكل صار في حكم حائط واحد، ولأن الظاهر أنه هو الذي بناه مع حائطه، فمداخلة أنصاف اللبن لا يتصور إلا عند بناء الحائطين معاً، فكان هو أولى. (أنظر: المبسوط ١٧: ٨٨).

(٥) هذا القول هو اختيار الكرخي، وشمس الأئمة السرخسي رحمهما الله،

- ووجه هذا القول: أن وضع الجذوع استعمال للحائط، والإتصال مجاورة. واليد تثبت بالإستعمال دون المجاورة، فكان صاحب الجذوع أولى، كما لو تنازعا في دابة، وأحدهما راكبها، والآخر متعلق بلجامها، فالراكب أولى، (أنظر: المرجع السابق، البدائع ٦: ٢٥٧، الهداية مع البناية ٧: ٥١٣، جامع الفصولين ٢: ٢٠٢، فصول العمادي لوحة ٢٠٢، وجه أ).

(٦) (حائط توزع) في جميع النسخ، وفي فصول العمادي: الحائط المتنازع. وهو الصحيح.

(٧) (عمود) في: جميع النسخ، وفي جامع الفصولين (٢/ ٢٠٢): عود.

(٨) (فأيهما ..... والجذوع) في: جامع الفصولين، وساقطة من أ، ب، ج، د، هـ.

(٩) جامع الفصولين ٢: ٢٠٢، فصول العمادي لوحة: ٢٠٢، وجه أ.

(وإن) (١) لأحدهما عشر خشبات عليه، وللآخر (ثلاث) (٢) فهو بينهما نصفان (إذا) (٣) استويا في استعمال (مابني) (٤) الحائط لأجله، لأنه بني للتسقيف، وهو كما يحصل بالعشرة يحصل بما (دونها) (٥) إلى الثلاث، فاستويا يداً. هذا ظاهر الرواية. (٦) وعن «أبي حنيفة» أنه رجع عنه، وقال: لكل منهما ما تحت خشبته، إذ ما (تحتها) (٧) في يده، وصاحبه خارج فيه (وصدق) (٨) ذو اليد.

وعن «أبي يوسف»: أنه رجع، وقال: الحائط كله لرّب العشرة.

والصحيح هو الأول، وهو ظاهر الرواية. (٩)

---

(١) (وإن) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: ولأن.

(٢) (ثلاث) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: عليه ثلاث

(٣) (إذا) في جميع النسخ، والصحيح: اذ.

(٤) (ما بُني) في: د، فصول العمادي، وفي أ، ج: بناء، وفي ب، هـ: بنى.

(٥) (دونها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: دونهما.

(٦) جامع الفصولين ٢: ٢٠٢، فصول العمادي لوحه: ٢٠٢، وجه أ، وانظر: المبسوط ١٧: ٩٠، البدائع ٦: ٢٥٧، الخانية ٢: ٤١٨.

- قال عماد الدين في فصوله: «أكثر ما في الباب لصاحب العشرة زيادة استعمال، إلا أن الجنس واحد، والترجيح لا يثبت بالزيادة في الجنس الواحد. هذا هو جواب ظاهر الرواية.

- قال في المبسوط ١٧: ٩٠ «وإن كان لأحدهما عليه عشر خشبات، وللآخر ثلاث خشبات فصاعداً، قضي به بينهما نصفان، اعتباراً لأدنى الجمع باقصاه، وهذا لأن لكل واحد منهما عليه حمل مقصود يبنى الحائط لأجله، فلا يعتبر التفاوت بعد ذلك في القلة والكثرة».

(٧) (تحتها) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: تحته.

(٨) (وصدق) في جميع النسخ، وفي جامع الفصولين (٢/ ٢٠٢): فصدق.

(٩) جامع الفصولين ٢: ٢٠٢، فصول العمادي لوحة: ٢٠٢، وجه أ.

وإن لأحدهما (عليه) (١) خشبة واحدة، وللآخر ثلاث، أو أكثر، فهو بينهما قياساً(٢) لا إستحساناً (٣)، ثم إذ لم يكن بينهما (إستحساناً) (٤).

قيل: هو لرّب العشرة، ولا يؤمر الآخر برفع (الجذع) (٥).

وقيل: لكل منهما ما تحت خشبته.

وعن «أبي يوسف»: أنه بينهما على أحد عشر سهماً بعدد (الجذوع) (٦) اعتباراً للإستعمال، واليد على الحائط، فينقسم على عددها، وأما (ما) (٧) بين الخشبات، فقيل: هو على أحد عشر سهماً، وقيل: بينهما (نصفان) (٨)، لإستوائهما فيه.

وإن لأحدهما خشبتان، وللآخر خشبات.

قيل: هما كثلاث، إذ يمكن التسقيف بهما.

(وقيل: كواحدة: إذ لا يمكن التسقيف) (٩) (بهما) (١٠) إلا نادراً. (١١)

---

(١) (عليه) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٢) ووجه القياس هو إن زيادة الإستعمال بكثرة الجذوع زيادة من جنس الحجة، والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح. الا يرى أنه لو كان لأحدهما ثلاثة، وللآخر اربعة، كان الحائط بينهما نصفين، وإن كان إستعمال احدهما اكثر. دلّ أن المعتبر اصل الإستعمال لا قدره، وقد إستويا فيه. (أنظر: البدائع ٦:٢٥٧).

(٣) ووجه الإستحسان: أن المعتبر اصل الإستعمال، لكنه لا يحصل بما دون الثلاثة، لأن الجدار لا يبنى له عادة، وإنما بنى لأكثر من ذلك، إلا ان الأكثر مما لا نهاية له، والثلاثة أقل الجمع الصحيح فقيد به، فكان ما وراء موضع الجذع لصاحب الكثير. وأما موضع الجذع ففيه روايتان: الأولى أنه لصاحب القليل، والثانية: أنه لصاحب الكثير، ولصاحب القليل حق وضع الجذع لا اصل الملك. (انظر:المرجع السابق).

(٤) (إستحساناً) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٥) (الجذع) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٦) (الجذوع) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: الجذع.

(٧) (ما) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٨) (نصفان) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: نصفين.

(٩) (وقيل ...... التسقيف) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(١٠) (بهما) في: ب، ج، وساقطة من أ، د، هـ.

(١١) جامع الفصولين ٢:٢٠٢، فصول العمادي لوحه :٢٠٢، وجه أ. وانظر: البناية مع الهداية ٧:٥١٢ - ٥١٣، البدائع ٦:٢٥٧.

(مسألة) (١)

قال في «الجامع» (٢) جذوع أحدهما في أحد النصفين، وجذوع الآخر في (النصف) (٣) الآخر، فلكل منهما ما عليه جذوعه، وما بين النصفين بينهما. (٤)

والجذوع أولى من (الستـرة) (٥)، فالحائط لربّ الجذوع، وكذا الستـرة لو تنازعا فيها(٦). ولو توافقا أن الستـرة للآخر لا ترفع. كمن له سفل، وتنازعا في سقفه، وما عليه، فالكل لذي السفل. ولو توافقا (أن) (٧) العلو للآخر لا يرفع، إلا إذا برهن (٨) والله اعلم.

---

(١) (مسألة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فرع.

(٢) هو: جامع الفقه أو جوامع الفقه. (انظر: فصول العمادي لوحه ٢٠٢، وجه ب).

(٣) (النصف) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: نصف.

(٤) جامع الفصولين ٢:٢٠٣، فصول العمادي لوحة: ٢٠٢، وجه ب.

(٥) (الستـرة) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: التسترة.

- والستـرة: ما يستر به كائناً ما كان، وكذا الستارة، والمجمع الستائر (انظر: مختار الصحاح:٢٨٥)

(٦) اي والسّترة لربّ الجذوع لو تنازعا فيها.

(٧) (ان) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: على ان.

(٨) المراجع السابقة، وانظر: المبسوط ١٧:٩٠، الهندية ٤:٩٨، الخانية ٢:٤١٧.

- قال في المبسوط ١٧:٩٠ «وإن لأحدهما عليه خشب، وللآخر عليه حائط سترة، فالحائط الأسفل لصاحب الخشب، لكونه مستعملاً له، بوضع حمل مقصود عليه، ولصاحب السترة السترة. والسترة على حالها لأن بالظاهر لا يستحق رفع سترة الآخر، بمنزلة سفل لأحدهما، وعليه علو لآخر».

- وفي حاشية الرملي ٢:٢٠٣ نقلاً عن التتار خانية «لو كان سفل، وعلو، فادّعى صاحب السفل العلو، وادّعى صاحب العلو السفل، فالسفل لمن هو له، ولصاحب العلو حق الوضع على حاله».

فصل
في وضع الخشب على الحائط المشترك

لو كان لأحدهما عليه (خشب) (١)، فللآخر وضع مثله إذ إستويا في أصل الملك، فيستويان (في الانتفاع) (٢) (به. والإنتفاع) (٣) بالحائط (من) (٤) حيث وضع الخشب عليه. إذ (بُني) (٥) للتسقيف. وليس للآخر أن يرفع (شيئا) (٦) من خشب شريكه، لتضرر شريكه بهدم بنائه، وإنما له (الإنتفاع) (٧) بملكه لا (إضرار) (٨) غيره.

(قالوا) (٩): هذا لو احتمل الحائط مثل (ذلك الخشب) (١٠) لو وضع عليه، فلو علم أنه لا يحتمل، يؤمر شريكه برفع بعض الخشب حتى يبقى ما يحتمل الحائط مثله، إذ ربّ الخشب لو (وضعه) (١١) (بغير) (١٢) اذن شريكه، فغاصب. (وإن) (١٣) باذنه، فالآخر معير (لنصيبه) (١٤) من الحائط، وللمعير أن يسترد العارية، وبه أفتى «صاحب شرح الحيل» (١٥).

وسئل «أبو بكر» (١٦) عن هذه المسألة، فقال: لو كانت حمولة هذا الشريك محدثة، فللآخر وضع حمولته.

وعن «أبي الليث» أنه (لم) (١٧) يفصل بين الحديث، والقديم (ثم) (١٨) قال: ألا يرى أن أصحابنا قالوا: لو كان جذوع أحدهما أكثر، فللآخر أن يزيد في جذوعه لو (يحتمله) (١٩) الحائط، ولم يفصلوا بين قديم وحديث والله تعالى اعلم. (٢٠)

---

(١) (خشب) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: خشبة، والصحيح ما أثبتناه لدلالة السياق.
(٢) (في الإنتفاع) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: ذي اليد لإنتفاعه.
(٣) (به، والإنتفاع) في: جامع الفصولين، وساقطة من أ، ب، ج، د، هـ.
(٤) (من) في: أ، ب، ج، وساقطة من د، هـ.
(٥) (بُنيّ) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: البناء.
(٦) (شيئاً) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: بيتاً.
(٧) (الإنتفاع) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: إنتفاع.
(٨) (إضراره) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: ضراره.
(٩) (قالوا) في: أ، ج، د، هـ وساقطة من ب.
(١٠) (ذلك الخشب) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: هذه الخشبة.

فصل

في الحائط المشترك لو إنهدم ، أو خيف عليه (الهدم) (١)

انهدم حائط بينهما، فبنى أحدهما، فإنه على وجهين: عليه حمولة، (أولا)(٢)، والأحكام ثلاثة.

أحدهما: طلب أحدهما قسمة عرصة (٣) الحائط، وأبى الآخر.

(والثاني) (٤): أراد (أحدهما) (٥) أن يبنّي ابتداءً بلا طلب القسمة، وأبى الآخر.

وثالها: لو بناه بلا إذن شريكه، هل يرجع عليه بشيء؟ (أم لا) (٦)

أما الوجه الأول: وهو عدم الحمولة عليه، وأما الحكم الأول، وهو طلب القسمة، و(أبى) (٧) الآخر، فقد ذكر في بعض المواضع مطلقاً أنه لا يجبر، وبه أخذ بعض المشايخ. أما لو لم تكن عرصة الحائط عريضة بحيث لو قسمت لا يصيب (كل واحد منهما) (٨) شيئ يمكنه أن يبني فيه (فظاهر) (٩) (لتعنته) (١٠) في طلب القسمة. وأما لو كانت عريضة بحيث يصيب (كل منهما) (١١) ما يمكن البناء فيه، فلأن القاضي لو قسم يقرع بينهما، وربما يخرج في قرعه كل منهما ما (يلي) (١٢) دار شريكه، فلا ينتفع به، فلا تقع القسمة مفيدة، واليه أشار محمد فما روى عنه «هشام». (١٣)

=

(١١) (وضعه) في: أ، ج، د، هـ وفي ج: وضعه مثله.

(١٢) (بغير) في: ب، وساقطة من أ، ج، د، هـ.

(١٣) (وإن) في أ، ج، وفي ب: وانه، وفي د، هـ: وإن كان.

(١٤) (النصيب) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: نصيبه.

(١٥) وهو شمس الأئمة السرخسي. (انظر: فصول العمادي لوحه:٢٠٢ وجه ب).

(١٦) للحنفية علماء كثيرون كنّوا بأبي بكر، ولا مرجح لأحدهم على الآخر في هذا الموضع (انظر: الفوائد البهية، فصل تعيين المبهمات: ٢٣٤).

(١٧) (لم) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لو لم.

(١٨) (ثم) في: جامع الفصولين، وساقطة من أ، ب، ج، د، هـ.

(١٩) (يحتمله) في: ب، وفي أ، ج: يحمله، وفي د، هـ: يحملهم.

(٢٠) جامع الفصولين ٢:٢٠٣ - ٢٠٤، فصول العمادي لوحه :٢٠٢، وجه ب، وانظر: البزازية ٦:٤٢٥، الهندية ٤:٩٩، الخانية ٢:٤١٩.

(١) (الهدم) في: أ، وساقطة من ب، ج، د، هـ.

(٢) (او لا) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: اولى.

=

....

=

(٣) العرصة: بوزن الضربة كل بقعة بين الدور واسعة، ليس فيها بناء والجمع العراص، والعرصات. (أنظر: مختار الصحاح: ٤٢٤).

(٤) (والثاني) في : أ، ب، ج، وفي د، هـ: وثانيها.

(٥) (أحدهما) في: أ، ب، ج ، وساقطة من د، هـ.

(٦) (ام لا) في: ب، د، هـ، وساقطة من أ، ج.

(٧) (وابى) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: وإباء.

(٨) (كل واحد منهما) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: كلاً منهما.

(٩) (فظاهر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: خطه.

(١٠) (لتعنته) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: لتعيينه.

(١١) (كل منهما) في: جامع الفصولين، وساقطة من أ، ب، ج، د، هـ.

(١٢) (يلي) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: يليه.

(١٣) جامع الفصولين ٢:٢٠٤، فصول العمادي لوحه :٢٠٣، وجه أ، وانظر: الهندية ٤:١٠٠ - ١٠١، الخانية ١٠٨:٣، البزازية ٦:٤٢٣.

- قال في الخانية ٢:١٠٨: «جدار بين دارين انهدم، ولأحدهما بنات، ونسوة، فأراد صاحب العيال أن يبنيه، وأبى الآخر. قال بعضهم: لا يجبر الآبي.

- وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله: في زماننا يجبر، لأنه لا بدّ أن يكون بينهما سترة. قال مولانا رحمه الله: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل إن كان أصل الجدار يحتمل القسمة. ويمكن لكل واحد منهما أن يبني في نصيبه سترة لا يجبر الآبى على البناء. وإن كان أصل الحائط لا يحتمل القسمة على هذا الوجه يؤمر الآبي بالبناء».

- أنظر: تفصيلات المسألة بوجوهها المختلفة في المراجع السابقة.

الباب الخمسون

في القضاء (بكلمات) (١) الكفر (٢)

مسألة :

الجاهل إذا تكلم بكلمة الكفر، ولم يدر أنها كفر.
قال بعضهم لا يكون (كافراً) (٣) ويعذر بالجهل. وقال بعضهم: يصير كافراً. (٤)

مسألة :

إن من أتى (بلفظة) (٥) الكفر، وهو لا يعلم أنها كفر، إلا أنه أتى (بها) (٦) (عن اختيار) (٧) يكفر عند عامة العلماء، ولا يعذر بالجهل. أما إذا أراد أن يتكلم، فجرى على لسانه كلمة الكفر من غير قصد لا يكفر. (٨)

---

(١) (بكلمات) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: بكلمة.

(٢) الكفر لغة: هو الستر، ومنه سمي الكافر لأنه يستر نعمة الله عليه، والكافر الزارع، لأنه يغطي البذر بالتراب. (أنظر: مختار الصحاح: ٤٧٤).

- والكفرشرعاً: تكذيبه صلى الله عليه وسلم في شيء مما جاء به ضرورة. والمراد بالتكذيب عدم التصديق الذي هو مرأى عدم الإذعان. والقبول. لما علم مجيئه به صلى الله عليه وسلم ضرورة. اي علماً ضرورياً، لا يتوقف على نظر، وإستدلال. بل الشرط في العلم ان يكون ثابتاً على وجه القطع، ولو لم يكن ضرورياً. ويدخل فيه الإستخفاف بقول أو فعل. (انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٤: ٢٢٣).

(٣) (كافراً) في: ا، ب، وفي ج، د، هـ: كفراً.

(٤) انظر: جامع الفصولين ٢: ٢١٦، فصول العمادي لوحة: ٢١٢، وجه ب، البزازية ٦: ٣٢١، الخانية ٣: ٥٧٧. الهندية ٢: ٢٦٧.

- قال في جامع الفصولين ٢: ٢١٤ - ٢١٥ «روى «الطحاوي» عن ابي حنيفة رحمه الله، وأصحابنا: أنه لا يخرج الرجل من الإيمان إلا جحود ما أدخله فيه، ثم ما تيقن بأنه ردة يحكم بها له، وما يشك بانه ردة لا يحكم بها. إذ الإسلام الثابت لا يزول بشك، مع أن الإسلام يعلو. وينبغي للعالم إذا رفع اليه هذا ان لا يبادر بتكفير أهل الإسلام، مع أنه يقضي بصحة اسلام المكره. (أقول): قدمت هذا لتصير ميزاناً فيما نقلته في هذا الفصل - وهو=

....

=

عين الموجود في هذا الباب - من المسائل، فإنه قد ذكر في بعضها أنه كفر، مع أنه لا يكفر على قياس هذه المقدمة. فلنتأمل».

- قال ابن عابدين في الحاشية ٤: ٢٢٤: «وفي الفتاوى الصغرى: الكفر شيء عظيم، فلا أجعل المؤمن كافراً، متى وجدت رواية أنه لا يكفر، انتهى.

وفي الخلاصة: إذا كان في المسألة وجوه توجب التكفير، ووجه واحد يمنعه، فعلى المفتي أن يميل إلى الوجه الذي يمنع التكفير، تحسيناً للظن بالمسلم. وزاد في «البزازية»: إلا إذا صرح بإرادة موجب الكفر.

وفي «التتارخانية»: لا يكفر بالمحتمل، لأن الكفر نهاية في العقوبة فيستدعي نهاية في الجناية، ومع الاحتمال لا نهاية، انتهى.

والذي تحرر، أنه لا يفتى بكفر مسلم، أمكن حمل كلامه على محمل حسن، أو كان في كفره اختلاف، ولو رواية ضعيفة، فعلى هذا أكثر الفاظ التكفير المذكورة، لا يفتى بالتكفير فيها، وقد الزمت نفسي أن لا أفتي بشيء منها. انتهى كلام البحر بإختصار».

- أقول: اسهبت في النقل في هذه المسألة، حتى يكون ضابطاً لماسيأتي من مسائل هذا الباب.

(٥) (بلفظة) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: بلفظ: وما أثبتناه الصواب لدلالة السياق.

(٦) (بها) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(٧) (عن اختياره) في: أ، ج، د، هـ وفي ج: بإختياره.

(٨) أنظر: المراجع السابقة

- قال في الخانية ٣: ٥٧٧، : «وأما الهازل، والمستهزئ، إذ تكلم بالكفر استخفافاً، ومزاحاً، واستهزاءً، يكون كفراً عند الكل، وان كان اعتقاده خلاف ذلك».

مسألة:

إن من خطر بباله ما يوجب الكفر، لو تكلم به، وهو كاره لذلك، فهو محض إيمان. (١)

مسألة:

إذا عزم على الكفر، ولو بعد مائة سنة، يكفر للحال.

وفي «النصاب»: بخلاف الإسلام، حيث لا يصير الكافر مسلماً (بالعزم) (٢) على الإسلام. ونظير هذه المسألة الزكاة (لو) (٣) نوى أن يصير العبد للتجارة (لا يصير للتجارة) (٤) ما لم يتجر به ولو نوى أن يكون للخدمة يصير للخدمة بمجرد النيّة. المسألة في «نسخة الإمام (الخيراوني)(٥)».

(وتقرير) (٦) هذا مع التقريب: أن الكفر ترك التصديق بالقلب، وأنه يحصل بمجرد العزم، أما الإسلام فتصديق بالقلب، واقرار (باللسان) (٧). (٨)

---

(١) جامع الفصولين ٢:٢١٦، فصول العمادي لوحة:٢١٣، وجه أ.
وأنظر: البزازية ٩:٣٢١، الهندية ٢:٢٨٣.
- والدليل على ما ذكره المصنف ما رواه الإمام مسلم في باب بيان الوسوسة من الايمان عن أبي هريرة رضي الله عنه قال «جاء ناس من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، فسألوه: إنا نجدّ في أنفسنا ما يتعاظم أحدنا أن يتكلم به. قال: وقد وجدتموه. قالوا: نعم. قال: ذاك صريح الإيمان».
وفي رواية أخرى: «سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن الوسوسة، فقال: تلك محض الإيمان». (أنظر: صحيح مسلم بشرح النووي ٢:١٥٣).
- وفي الهندية ٢:٢٨٣: «رجل كفر بلسانه طائعاً، وقلبه مطمئن بالايمان يكون كافراً، ولا يكون عند الله مؤمناً».
(٢) (بالعزم) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: بعزمه.
(٣) (لو) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: ولو.
(٤) (لا يصير للتجارة) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.
(٥) (الخيراوني) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الخرواني. وفي مقدمة جامع الفصولين عند الرمز (نسج) نسخة النخجواني. وقد ذكره في فصول العمادي في عدة مسائل غير هذه المسألة، وسمى نسخته نسخة الحجزاني. (أنظر: فصول العمادي لوحة ٢١٧، وجه أ).
- ولم أعثر على ترجمة له.
(٦) (وتقرير) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: وتقريبه.
(٧) (باللسان) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: بالجنان.
(٨) أنظر: المراجع السابقة.

(مسألة) (١)

إن من ضحك عمن تكلم بالكفر يكفر، إلا أن يكون الضحك ضرورياً مضحكاً. والكلام في الضحك مع (رضاء) (٢) بالكفر. (٣)

(فرع) (٤)

روى «الطحاوي» عن «أبي حنيفة» وأصحابنا: لا يخرج الرجل من الإيمان إلا جحود ما أدخله فيه، ثم ما تيقن أنه ردة يحكم بها، وما (يشك) (٥) أنه ردة لا يحكم بها. إذ الإسلام الثابت لا يزول بالشك، مع أن الإسلام يعلو. وينبغي للعالم إذا رفع اليه هذا أن لا يبادر بتكفير أهل الإسلام مع أنه يقضي بصحة إسلام (المكره) (٦). (٧)

---

(١) (مسألة) في: أ، ب، ج،. وفي د، هـ: فرع.

(٢) (رضاء) في: أ، وفي: ب، ج، د، هـ: الرضا.

(٣) أنظر: جامع الفصولين ٢:٢١٦، فصول العمادي لوحة:٢١٣، وجه أ، البزازية ٦:٣٢١.

- قال في جامع الفصولين ٢:٢١٦: «تكلم بكفر، فضحك غيره، كفر الضاحك، تكلم به مذكراً، فقبله القوم كفروا، والرضا بكفر نفسه كفر وفاقاً، واختلفوا في الرضا بكفر غيره. وفي «السير الكبير» مسألة: تدل على أن الرضا بكفر غيره ليس بكفر، وصورتها: المسلمون لو أخذوا أسيراً، وخافوا أن يسلم، فسدوا فمه بشيء أو فعلوا شيئاً كيلا يسلم، فلم يسلم فقد أساؤا في ذلك، ولم يقل كفروا. وأشار «شمس الأئمة السرخسي» إلى أن هذه المسألة لا تصلح دليلاً، إذ تأويلها أن المسلمين علموا أنه لا يسلم حقيقة، ولكن يظهر الإسلام لينجو عن القتل، فلم يكن هذا رضا منهم بكفر غيرهم.

وذكر «شيخ الإسلام خواهرزادة» في «شرح السير»: الرضا بكفر غيره إنما يكون كفراً. لو كان يستخير الكفر ويستحسنه، أما لو كان لا يستخيره، ولا يستحسنه، ولكن احب القتل، أو الموت على الكفر لمن كان شريراً بطبعه حتى ينتقم الله منه فهذا ليس بكفر، ومن تأمل قوله تعالى «ربنا اطمس على اموالهم، واشدد على قلوبهم فلا يؤمنوا» سورة يونس/آية ٨٨. يظهر له صحة ما قلنا، وعلى هذا لو دعا على ظالم أماتك الله على الكفر، أو سلب الله عنك الإيمان، ونحوه، فهو لا يضر لو كان لا يستخير الكفر، ولا يستحسنه، ولكن ذلك حتى ينتقم الله منه على ظلمه».

(٤) (فرع) في أ، وفي: ب، ج، د، هـ: مسألة.

(٥) (يشك) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: شك.

(٦) (المكره) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: الكافر.

(٧) أنظر: جامع الفصولين ٢:٢١٤ - ٢١٥، البزازية ٦:٣٣٢

- أنظر: التعليق على المسألة الأولى من هذا الباب.

مسألة:

إذا وصف الله تعالى بما لا يليق، أو (سخر) (١) باسم من اسمائه، أو بأمر من أوامره، أو أنكر وعده، أو وعيده. يكفر. (٢)

فرع:

رجل قال: لو كان فلان نبيّاً لا (أومن) (٣) به، أو قال: (لو) (٤) أمرني الله بعشر صلوات لا أصلي، أو قال: لو كانت القبلة إلى هذه الجهة لا أصلي هذا كله كفر.

ولو قال: لو بعث فلان نبياً لا نأتمر (بأمره) (٥) لايكفر. ولو عنى به في الأولين أن لا يذهب على موجب الأوامر لا يكفره، ولو عنى أن لا يكون (نبيّ) (٦) من الأنبياء نبياً، ان أراد به الإستخفاف بذلك النبي، أو عداوته يكفر. ولو عاب نبياً يكفر. (٧)

---

(١) (سخر) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: يسخر.

(٢) أنظر: جامع الفصولين ٢:٢١٦، فصول العمادي لوحه :٢١٣، وجه ب، الهندية ٢:٢٥٨، البزازية ٦:٣٢٣.

- قال في الهندية: «يكفر إذا وصف الله تعالى بما لا يليق، أو سخر باسم من اسمائه أو بأمر من أوامره، أو أنكر وعده، ووعيده، أو جعل له شريكاً، أو ولداً، أو زوجة، أو نسبه إلى الجهل، أو العجز، أو النقص. يكفر بقوله: يجوز أن يفعل الله فعلاً لا حكمة فيه، ويكفر ان اعتقد ان الله يرضى بالكفر، كذا في البحر الرائق».

(٣) (اومن) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: اءمن.

(٤) (لو) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٥) (بأمره) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: بأوامره.

(٦) (نبيّ) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج، بشيء، والصحيح ما أثبتناه لدلالة السياق.

(٧)أنظر: جامع الفصولين ٢:٢٢٠، ٢٢١، فصول العمادي لوحة: ٢١٤، وجه ب،لوحة: ٢١٥، وجه أ، البزازية ٦: ٣٢٧ - ٣٤٥، الخانية ٣: ٥٧٤، الهندية ٢: ٢٦٣.

- أقول يظهر لي من التفرقة بين قول القائل لا أومن، وبين قوله لا نأتمر بأمره، أن الأول يتعلق بالتصديق، وترك التصديق كفر، كما مرّ سابقاً، والثاني معصية،وذنب والمشهور من مذهب أهل السنة والجماعة عدم التكفير بالذنب.

- قال في شرح العقيدة الطحاوية: ٣٥٥: «ولا نكفر أحداً من أهل القبلة بذنب ما لم يستحله، ولا نقول: لا يضرّ مع الإيمان ذنب لمن عمله». والله اعلم.

مسألة:

وفي «الفتاوى»: رجل قال: أنا مؤمن إن شاء الله يكفر، ان قال من غير تأويل، ولو قال: لا أدري أخرج من الدنيا مؤمناً، أو لا. لا يكفر. (١)

فرع:

رجل وضع قلنسوة (المجوس) (٢) على رأسه.

قال بعضهم: يكفر.

وقال بعضهم لايكفر.

وقال بعض المتأخرين: إن كان لضرورة البرد أو لأن البقرة لا (تعطيه)(٣) اللبن لا يكفر. (٤)

ولو شدّ الزنار (٥)على وسطه ودخل دار الحرب.

قال «أبو جعفر الإستروشني» إن فعل لتخليص الأسارى لا يكفر، ولو دخل للتجارة يكفر.

إمرأة شدت على وسطها (حبلاً) (٦) وقالت: هذا زنّار، تكفر.

ولو وضع على رأسه شبه قلنسوه المجوس (من)(٧) العمامة. المختار أنه لا يكفر.

ولبس السواد، (والسراغج)(٨) ،وتعليق (الغائرة) (٩) ، لا يوجب الكفر.(١٠)

---

(١) انظر: جامع الفصولين ٢: ٢١٥، فصنول العمادي لوحه ٢١٢، وجه ب، الهندية ٢: ٢٥٧.

(٢) (المجوس) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: المجوسي.

(٣) (تعطيه) في: ب، ج، د، هـ، جامع الفصولين وفي أ: يعطيها.

(٤) جامع الفصولين ٢: ٢٢٨ - ٢٢٩.

- وفيه: «وبعض المتأخرين قالو: لو لضرورة كدفع برد، أو غيره، بأن كانت البقرة لا تعطيه اللبن بدونها لا بأس به. والصحيح أنه يكفر، وما ذكروا من الضرورة ليس بشيء، إذ يمكنه أنه يمزقها، ويخرجها عن تلك الهيئة، حتى تصير شبه قطعة لبد، فيدفع ضرر البرد عن نفسه».

(٥) الزنار: بضم الزاي، وتشديد النون. جمع زنانير، حزام خاص يشده النصراني على وسطه. (انظر: معجم لغة الفقهاء: ٢٣٤، المصباح المنير ١: ٢٥٦).

....

---

(٦) (حبلا) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الحبل.
(٧) (من) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: مع.
(٨) (السراغج) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: البرانيط.
- والسراغج: نوع مما يلبس في الرأس يكون على هيئة الكيس، بطول ذراع، وفيه حبال. (انظر: حاشية خير الدين الرملي ٢: ٢٢٩).
(٩) (الغاترة) في: أ، ب، ج، د، هـ: وفي البزازية ٦: ٣١١، الباترةوقال عنها، هي اللوح السلطاني، إمارة ملكية لا تعلق لها بالدين، وتكون من الخشب أو الفضة.
(١٠) أنظر: جامع الفصولين ٢٢٨:٢ -٢٢٩، فصول العمادي لوحة: ٢١٨، وجه ب، الهندية ٢: ٢٧٦-٢٧٧، الخانية ٥٧٨:٣، البزازية ٣٣٢:٦.
قال في جامع الفصولين ٢٢٩:٢: «أقول: لقائل أن يقول في لبس مثل هذه الأشياء، ينبغي أن يكون على نيته، فلو اعتقد أنه كفر كفر، وإلا فلا. إذ الأصل أن لا يكفر أهل القبلة. والإسلام راجع إلى الإقرار، والإعتقاد، فلو سمعنا عنه ما يوجب الكفر ينبغي أن لا يتسارع إلى التكفير إلا بشيء يوجبه قطعاً، ويمكن ردّه لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «من تشبه بقوم فهو منهم».
جاء في حديث ابن عمر أخرجه أحمد (٢/ ٥٠و٩٢) وابن أبي شيبة في المصنف (١٢/ ٣٥١ رقم ١٣٠٦٢) وأبو داود (عون المعبود ١١/ ٧٤ رقم ٤٠١٢/اللباس/ لبس الشهرة). والخطيب في الفقيه والمتفقه (٢/ ٧٣)، وعلق البخاري طرفاً منه بصيغة المبني للمجهول (الفتح ٦/ ٩٨/الجهاد/ ما قيل في الرماح).
وفي إسناده عبد الرحمن بن ثابت بن ثوبان، وفيه لين، ضعفه جماعة ووثقه آخرون.
وإخرجه الطحاوي في مشكل الآثار (١/ ٨٨) بإسناد آخر من طريق الوليد بن مسلم، وهو يدلس تدليس التسوية، ولم يصرح بسماع الأوزاعي من حسان بن عطية.
وعن حذيفة أخرجه البزار (كشف الأستار ١/ ٨٦ رقم ١٤٤) والطبراني في الأوسط (مجمع الزوائد ١٠/ ٢٧١) وفيه علي بن غراب صدوق له أحاديث منكرة وأفراد وغرائب، ضعفه جماعة ووثقه آخرون، وأبو عبيدة بن حذيفة بن اليمان لم يوثقه غير ابن حبان.
قال البزار: لا نعلمه مسنداً عن حذيفة إلا من هذا الوجه، وقد وقفه بعضهم على حذيفة.
وعن أبي هريرة أخرجه ابن أبي حاتم في العلل (١/ ٣١٩ رقم ٩٥٦) وفي إسناده عمرو بن أبي سلمة التنيسي فيه ضعف، وحديثه عند البخاري متابعة وصدقة بن عبد الله السمين ضعيف، وقال أبو حاتم الرازي: قال لي دحيم : هذا الحديث ليس بشيء، الحديث حديث الأوزاعي عن سعيد بن جبلة عن طاووس عن النبي صلى الله عليه وسلم.
وعن طاووس مرسلاً أخرجه ابن أبي شيبة (١٢/ ٣٤٩ - ٣٥٠ رقم ١٣٠٥٦ و ١٣٠٥٧) والقضاعي في مسند الشهاب (١/ ٢٤٤ رقم ٣٩٠). وفي إسناده سعيد بن جبلة الشامي لم يذكروا له راوياً غير الأوزعي، ولم يوثق، وقال الشيرازي: ليس هو عندكم بذاك اهـ. وعن الحسن مرسلاً أخرجه سعيد بن منصور (٢/ ١٧٧ رقم ٢٣٧٠) وفي إسناده إسماعيل بن عياش سيء الحفظ مدلس وقد عنعن، وأبو عمير الصوري لم أجده، ومراسيل الحسن ضعيفة، وانظر اقتضاء الصراط المستقيم (٨٢ - ٨٣) والفتح (٦/ ٩٨) والمقاصد الحسنة (٤٠٧)
فينبغي أن يكفر به والله أعلم».
- قال خير الدين الرملي في حاشيته ٢٢٩:٢، تعليقاً على كلام صاحب جامع الفصولين السابق الذكر: «قوله: «من تشبه بقوم فهو منهم» أقول: ويمكن رد هذا الردّ بأنه مقيد قطعاً، وفي لفظ تشبه إشارة إلى قيد القصد، ولا يجوز أخذه على عمومه، كما هو ظاهر، فتأمل».
- وقد ذكر العمادي في فصوله لوحة: ٢١٨، وجه ب: استحسان مشايخ زمانه بعدم التكفير بلبس هذه الأشياء المذكورة، لأن هذه الأشياء علامة ملكية، لا تعلق لها بالدين.

فرع:

وفي «النصاب»: ومن أبغض عالماً من غير سبب ظاهر، خيف عليه الكفر. (١)

مسألة:

وفي «نسخة (الخيرواني) (٢) »: رجل يجلس في مكان مرتفع، ويسألون (منه)(٣) (مسائل) (٤) بطريق الإستهزاء، ثمّ (يضربونه) (٥) بالوسائد، وهم يضحكون. يكفرون جميعاً، وكذا لو لم يجلس على المكان المرتفع. الكل من «الخلاصة» والله سبحانه وتعالى اعلم بالصواب. (٦)

---

(١) أنظر: جامع الفصولين ٢:٢٢٦، فصول العمادي لوحة: ٢١٧، وجه أ، الهندية ٢:٢٧٠.
-ويؤيد هذا ما قاله صاحب العقيدة الطحاوية :٥٥٤: «وعلماء السلف من السابقين، ومن بعدهم من التابعين - أهل الخبر، والأثر، وأهل الفقه والنظر، لا يذكرون إلا بالجميل، ومن ذكرهم بسوء فهو على غير السبيل».
وقال الشارح: «قال تعالى:«ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى،ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم، وساءت مصيرا» سورة النساء/آية ١١٥ - فيجب على كل مسلم بعد موالاة الله ورسوله، موالاة المؤمنين كما نطق به القرآن، خصوصاً الذين هم ورثة الأنبياء، الذين جعلهم الله بمنزلة النجوم يهتدي بهم في ظلمات البر والبحر، وقد أجمع المسلمون على هدايتهم، ودرايتهم .. الخ».
(٢) (الخيرواني) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: الخسرواني، وفي مقدمة جامع الفصولين عند الرمز (نسج) نسخة النخجواني، وفي فصول العمادي: الحجراني.
(٣) (منه) في: د، هـ، الهندية، ٢:٢٧٠، وفي أ، ب، ج: عنه.
(٤) (مسائل) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: سائل.
(٥) (يضربونه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يضربون.
(٦) أنظر: المراجع السابقة، البزازية ٦:٣٣٦ - ٣٣٧.
- وفيها - اي البزازية - : «والإستخفاف بالعلماء لكونهم علماء استخفاف بالعلم، والعلم صفة الله تعالى. منحه فضلاً على خيار عباده، ليدلوا خلقه على شريعته نيابة عن رسله».

الباب الحادي والخمسون

في القضاء بما يظهر من قرائن الأحوال، (والأمارات) (١)

وحكم الفراسة، والدليل على ذلك من الكتاب، والسنة وعمل سلف الأمة

قال «بعض العلماء»: (٢) على الناظر أن يلحظ الأمارات، والعلامات، فما ترجح منها قضى (بجانب) (٣) الترجيح، وهو قوة (التهمة) (٤)، ولا خلاف في (الحكم) (٥) بها، وقد جاء العمل بها في مسائل اتفق عليها (الأربعة) (٦) من الفقهاء.

(١) (والأمارات) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: والأماري.
(٢) هذا القول هو للشيخ ابن العربي من المالكية (أنظر: تبصرة الحكام ٢:٩٥).
(٣) (بجانب) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بقوة.
(٤) (التهمة) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: الهمة.
(٥) (الحكم) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: حكم.
(٦) (الأربعة) في: أ، ب، ج وفي د، هـ: الأربع.

الأولى: إنّ الفقهاء كلهم يقولون بجواز وطء الرجل (المرأة) (١) إذا أهديت اليه ليلة الزفاف، وإن لم يشهد عنده عدلان، أن هذه فلانة بنت فلان التي عقدت عليها، وإن لم يستنطق النساء أن هذه امرأته اعتماداً على القرينة الظاهرة المنزلة منزلة الشهادة. (٢)

الثانية: إنّ الناس قديماً، وحديثاً لم يزالوا يعتمدون على قول الصبيان، والإماء، المرسل معهم (الهدايا) (٣)، وأنها مرسلة اليهم، فيقبلون أقوالهم ويأكلون الطعام المرسل به. (٤)

(الثالثة) (٥) أنهم يعتبرون اذن الصبيان في الدخول إلى المنزل. (٦)

---

(١) (المرأة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ب: امرأته.

(٢) أنظر: الهداية وشرح فتح القدير ٥:٢٥٨.

- وفيها: «ومن زفت اليه غير امرأته، وقالت النساء إنها زوجتك، فوطئها لا حدّ عليه، وعليه المهر، وهذه إجماعية لا يعلم فيها خلاف، ثم الشبهة الثابتة فيها شبة اشتباه عند طائفة من المشايخ. ودفع بأنه يثبت النسب من هذا الوطء، ولا يثبت من الوطء، عن شبهة الإشتباه نسب، فالأوجه انها شبهة دليل، فإن قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء، فان قول الواحد مقبول في المعاملات».

..... وراجع في المذاهب الأخرى: تبصرة الحكام ٢:٩٥، مغني المحتاج ٤:١٤٤، المغني ٨:١٨٤، مراتب الاجماع لابن حزم:٦٥.

(٣) (الهدايا) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: بالهدايا.

(٤) انظر: الهندية ٥:٣١١، رسالة نشر العرف، لابن عابدين:١٢٥، الخانية ٣:٤١٩، الدر المختار ٦:٣٤٥.

وفي الهندية: «قال محمد رحمه الله: وإنما يصدق الصغير فيما يخبر بعدما تحرى، ووقع تحريه أنه صادق، إذت قال هذا المال مال أبي، أو مال فلان الأجنبي، أو مال مولاي، وقد بعث به اليك هدية، أو صدقة، وإما إذا قال هو مالنا، وقد أذن لنا أبونا أن نتصدق به عليك أو نهبه لك، لا ينبغي أن يقبل ذلك. كذا في الذخيرة».

- والمقصود بالتحري المذكور هو طلب الشيء بغالب الرأي عند تعذر الوقوف على حقيقته. (أنظر: الهندية ٤:٣٨٢).

- وراجع في المذاهب الأخرى: تبصرة الحكام ٢:٩٥، مغني المحتاج ٢:١٦٦، كشاف القناع ٣:٤٣١.

(٥) الثالثة) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: الثالث.

(٦) أنظر: المراجع السابقة

- قال في الهندية ٤:٣١١: «ولو أذن في دخول الدار عبد رجل، أو ابنه فالقياس أن يتحرى، إلا أنه جرت العادة من الناس انهم لا يمتنعون عن ذلك، فيجوز لاجل ذلك. هكذا في السراج الوهاج».

الرابعة: أن الضيف يشرب من كوز صاحب البيت، ويتكئ على (وسادته) (١) ، ويقضي حاجته في (مرحاضه) (٢) من غير استئذان، ولا يعد (في) (٣) ذلك متصرفاً في ملك غيره، بغير إذنه. (٤)

الخامسة: جواز أخذ ما (يسقط) (٥) من الانسان، إذا لم يعرف صاحبه (مما) (٦) لا يتبعه الانسان، كالفلس، و(التمرة) (٧)، و(العصا)(٨) (التافهة) (٩) الثمن، ونحو ذلك.(١٠)

السادسة: جواز أخذ ما يبقى في (الحوائط) (١١)، والأقرحة(١٢) من الثمار، والحب بعد إنتقال أهله عنه، وتخليته، وتسييبه. (١٣)

---

(١) (وسادته) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: وسادة.
(٢) (مرحاضه) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: مرحاضته.
(٣) (في) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.
(٤) المسألة من تبصرة الحكام ٢:٩٥، ولم أجدها فيما اطلعت عليه من كتب الحنفية، إلا أن هنالك ما يؤيدها عند الحنفية من مثل جواز إطعام الضيف ضيفاً غيره على المائدة اعتماداً على العرف، والإذن.(أنظر: الخانية ٣:٤٠٥، الهندية ٥:٣٤٤).
- أقول: فإذا جاز له أن يتصرف نحو غيره بناءً على الإذن، فنحو نفسه من باب أولى. والله تعالى أعلم.
(٥) (يسقط) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: سقط.
(٦) (مما) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: ما.
(٧) (التمرة) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: التمر.
(٨) (والعصا) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: الشيء.
(٩) (التافهة) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: التافه.
(١٠) أنظر: الهداية وشرح فتح القدير ٦:١٢٢، الهندية ٢:٢٩٠، رسالة نشر العرف:١٢٥.
- قال في الهندية ٢:٢٩٠: «ثم ما يجده الرجل نوعان: نوع يعلم أن صاحبه لا يطلبه كالنوى في مواضع متفرقة، وقشور الرّمان في مواضع متفرقة، وفي هذا الوجه له أن يأخذها، وينتفع بها، إلا أن صاحبها إذا وجدها في يده بعدما جمعها، فله أن يأخذها، ولا تصير ملكاً للآخذ».
(١١) (الحوائط) :في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الحائط
- والحوائط: جمع حائط، وهو البستان. (أنظر: المصباح المنير ١:١٥٧).
(١٢) الأقرحة: جمع قراح وهو المزرعة التي ليس فيها بناء، ولا شجر.
(أنظر: المصباح المنير ٢:٤٩٦).
(١٣) أنظر: الخانية ٣:٤٠٣.

السابعـة: جواز أخذ مـا يسقط من الحبّ عند الحصـاد، مما لا (يعتني) (١) صاحب الزرع بلقطه. (٢)

الثـامنة: إنّ صاحب المنزل إذا قـدم الطعام للضـيف، جاز له الإقـدام على الأكل، وإن لم يـأذن (له) (٣) لفظاً، وإذا علم أن صـاحب الطعـام قدمـه له خاصـة، وليس ثم غائب ينتظر حضوره، اعتباراً بدلالة (الحال) (٤) الجارية مجرى القطع. (٥)

التاسعة: ((إذنه) (٦) صلى الله عليـه وسلم: (للمار) (٧) بثمر الغـير أن يأكل (من) (٨) ثمره ولا يحمل منه شيئا) (٩).

وحمل ذلك بعضهم على غير المحوط، وما ليس له حارس. (١٠)

---

(١) (يعتني) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يعنى.

(٢) أنظر: الخانية ٣: ٤٠٣، البزازية ٦: ٣٦٧.

(٣) (له) في: ب، ج، وساقطة من أ، د، هـ.

(٤) (الحال) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: بحال.

(٥) أنظر: رسالة نشر العرف: ١٢٥.

(٦) (إذنه) في: ب، ج، وفي أ، د، هـ: أنه.

(٧) (للمار) في: ب، ج، وفي أ: قال للمار، وفي د، هـ: جوز للمار.

(٨) (من) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٩)روي ذلك بألفاظ وأسانيد، فقد جاء من حديث عمرو بـن شعيب عن أبيه عن جده أخرجـه أبو داود (عون المعبود ٥/ ١٣٢ - ١٣٦ رقم ١٦٩٤ - ١٦٩٧/ اللقطة) والتـرمذي (٣/ ٥٨٤ رقم ١٢٨٩/ البـيوع/ مـا جاء في الرخـصة في أكل الثمرة للمـار بها) والنسائي (٨/ ٨٤و ٨٥/ قطع السارق/ الثمر المعلق يسـرق) وابن ماجه (٢/ ٨٦٥ - ٨٦٦ رقم ٢٥٩٦/ الحدود/ من سرق من الحـرز) والحاكم (٤/ ٣٨١) والبيهـقي (٩/ ٣٥٩) وعمر بن شعيب مـدلس وقد عنعن ولا حجة فيما عنعنه، ولولا ذلك لكان إسناده حسناً.

ومن حـديث عـبـد الله بن عـمـر بن الخطاب أخرجـه التـرمـذي (٣/ ٥٨٣ رقم ٢٨٧) وابن مـاجـه (٢/ ٧٧٢ رقم ٢٣٠١/ التجارات/ من مرّ على ماشية قوم أو حائط....) والبيهقي (٩/ ٣٥٩).

رواه يحيى بن سليم عن عبيد الله بن عمر، ويحيى سيء الحفظ وخاصة عن عبيد الله.

ومن حديث أبي سعيد الخدري أخرجـه ابن ماجه (٢/ ٧٧١ رقم ٢٣٠٠) وابن حبان (الموارد ٢٧٩ رقم ١١٤٣) والحاكم (٤/ ١٣٢) والبـيهـقي (٩/ ٣٥٩-٣٦٠) ورجاله ثقـات غيـر ان يزيد بن هارون سمع إياس بن سـعيـد الجريري بـعد اختلاطه، وبه اعلّه البيهقي.

وقد أخرجه الطحاوي في مـشكل الآثار (٤/ ٤٢) من طريق علي بن عاصم - وهو الواسطي- عن الجريري، وعلي بن عاصم كـثير الخطأ سيء الحفظ، ضـعيف، قال البـيهقي: ورواه ايضاً حـماد بن سلمة عن الجـريري، وليس بالقوي (٩/ ٣٦٠) ولم يسق إسناده، وأما حماد فقد احتج به مـسلم في موضع واحد، والباقي متابعة، وله منكرات، ومن حديث عمير مولى آبي اللحم أخرجه

=

....

=أحمد (٥/ ٢٢٣) والطبراني (١٧/ ٦٦ رقم ١٢٧ - ١٢٩) والحاكم (٤/ ١٣٢) وفي إسناده اسحاق بن عبد الله.

(١٠) أنظر: الهندية ٢:٢٩٠، البزازية ٦:٣٦٦ - ٣٦٧.

- قال في الهندية ٢:٢٩٠: «إذا مرّ في أيام الصيف بثمار ساقطة تحت الأشجار، فهذه المسألة على وجوه: إذا كان ذلك في الأمصار لا يسعه التناول منها إلا أن يعلم أن صاحبها قد أباح ذلك إما نصاً، أو دلالة بالعادة، وإن كان في الحائط، والثمار مما يبقى كالجوز ونحوه، لا يسعه أن يأخذه ما لم يعلم أن صاحبها قد أباح ذلك،ومنهم من قال: لا بأس به ما لم يعلم النهي صريحاً، أو دلالة، وهو المختار. وإن كان ذلك في الرساتيق، وكانت تلك الثمار تبقى لا يسعه الأخذ إلا علم الإذن، وإن كان ذلك من الثمار التي لا تبقى يسعه الأخذ بلا خلاف ما لم يعلم النهي.

وهذا الذي ذكرنا كله إذا كانت الثمار ساقطة تحت الأشجار، أما إذا كانت على الأشجار، فالأفضل أن لا يأخذه في موضع ما إلا بإذن المالك، إلا إذا كان موضعاً كثير الثمار يعلم أنه لا يشق عليهم ذلك، فيسعه الأكل، ولا يسعه الحمل، كذا في المحيط».

- راجع تبصرة الحكام ٢:٩٥.

- أقول: هذه المسألة التي ذكرها المصنف رحمه الله، وهي منقوله عن تبصرة الحكام نصاً، موافقة لمذهب الحنفية بنوع من التجوز، فتأمل ذلك.

(العاشرة) (١) : جواز قضاء الحاجة في الأقرحة، والمزارع، التي فيها الطرقات العظام، بحيث لا تنقطع المارة، وكذلك الصلاة فيها، وإن كانت مملوكة، ولا يكون ذلك غصباً لها، ولا تصرفاً (ممنوعاً) (٢) . (٣)

الحادية (عشرة) (٤): الشرب من (المصانع) (٥) الموضوعة على الطرقات، وإن لم يعلم الشارب إذن أربابها في ذلك لفظاً، اعتماداً على دلالة الحال، ولكن لا يتوضأ منها، لأن العرف لا يقتضيه، إلا أن يكون هناك شاهد حال يقتضي ذلك، فلا بأس بالوضوء (حينئذ) (٦). (٧)

---

(١) (العاشرة) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: العاشر.

(٢) (ممنوعاً) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: عنوها.

(٣) المسألة من تبصرة الحكام ٢: ١٩٥، ولم أجدها فيما اطلعت عليه من كتب الحنفية، ولكن وجدت لها نظيراً في الباب.

- قال في الهندية ٥: ٣٧٣: «رجل مشى في الطريق، وكان في الطريق ماء، فلم يجد مسلكاً إلا أرض انسان، فلا بأس في المشي فيها، وذكر في فتاوى أهل سمرقند: مسألة المرور في أرض الغير على التفصيل، إن كان لأرض الغير حائط، وحائل لا يمر فيها، وإ لم يكن هناك حائط فلا بأس بالمرور فيها، والحاصل أن المعتبر في هذا الباب عادات الناس، كذا في المحيط».

- أقول: يظهر لي أنه يمكن تخريج مسألة الصلاة في أرض الغير، على مسألة المرور في أرض الغير، والله تعالى أعلم.

(٤) (عشرة) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: عشر.

(٥) (المصانع) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: المصاقع.

- والمصانع: جمع مصنع، أو مصنعة، وهو ما يصنع لجمع الماء نحو البركة، والصهريج. (أنظر: المصباح المنير ١: ٣٤٨).

(٦) (حينئذ) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: مرة.

(٧) أنظر: رسالة نشر العرف: ١٢٥، البزازية ٦: ٣٧٢.

- قال في البزازية ٦: ٣٧٢: «والتوضؤ من ماء السقاية إن قلّ جاز، وإلا لا. وعلى هذا الحياض المعدة للشرب لا يجوز الوضوء منه في الصحيح، ويمنع من الوضوء منه، وفيه، وحمل ماء السقاية إلي أهله إن مأذوناً للحمل يجوز وإلا لا».

الثانية (عشرة) (١): قولهم في الركاز (٢) إذا كان عليه علامة المسلمين (ككلمة) (٣). الشهادة (سمي كنزاً)(٤) وهو كاللقطة. وإن كان عليه شكل صليب أو الصور، أو اسم ملك من ملوك الروم، فهو (ركاز) (٥).

ونص كلام «صاحب الهداية» (٦) هنا: (وان) (٧) وجد ركازاً - (أي كنزاً) (٨)- وجب (الخمس) (٩) . ثم قال في آخره: ثم إن كان على ضرب أهل الإسلام كالمكتوب عليه كلمة الشهادة، فهو بمنزلة اللقطة، وقد عرف (حكمها) (١٠) وإن كان على ضرب أهل الجاهلية، كالمنقوش عليه اسم الصنم، ففيه الخمس على كل حال. انتهى. فهذا عمل بالعلامات، فتأمل ذلك.

(الثالثة عشرة) (١١): إذا إستأجر دابة جاز له ضربها إذا (حرنت) (١٢) في السير، وإن لم (يستأذن) (١٣) مالكها، وكذلك ركوبها بالمهاميز(١٤). (١٥)

---

(١) (عشرة) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: عشر.

(٢) الركاز: هو المال المركوز في الأرض مخلوقاً كان، أو موضوع. (انظر: التعريفات: ١١٢).

(٣) (ككلمة) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: كلمة.

(٤) (سمي كنزاً) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٥) (ركاز) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الركاز.

(٦) الهداية مع شرح فتح القدير ٢:٢٣٦ - ٢٣٧، وانظر: رسالة نشر العرف: ١٢٥.

(٧) (وإن) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: أو إن.

(٨) (كنزاً) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: كنز.

(٩) (الخمس) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: الخمس عليه.

(١٠) (حكمها) في: الهداية وفي أ، ب، ج، د، هـ: حكمه.

- وحكم اللقطة: انه يجب تعريفها، ثم له ان يتصدق بها على نفسه إن كان فقيراً، وعلى غيره إن كان غنياً، وله ان يمسكها أبداً. (انظر: شرح فتح القدير ٢:٢٣٧).

(١١) (الثالثة عشرة) في: د، هـ، وفي أ، ج: الثالثة عشر، وفي ب: الثالث عشر.

(١٢) (حرّنت) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: قصرت.

(١٣) (يستأذن) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يأذن.

(١٤) المهاميز: جمع مهمز على وزن مبضع، أو مهماز، وهو حديدة في مؤخرة خف الرائض، والمهمزة: المقرعة، أو عصا في رأسها حديدة ينخس بها الحمار، ويقال: همز الفرس أي حثه بالمهماز ليعدو.
(انظر: القاموس المحيط ٢:١٩٦، المصباح المنير ٢:٤٦٠، مختار الصحاح ٦٩٨).

(١٥) انظر: الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٦:٣٩.

(الرابعة عـشرة) (١): جواز إذن المستأجر للدار لأضيافه، وأصحابه في الدخول والمبيت وإن لم يتضمن ذلك عقد الإجارة. (٢)

(الخامسة عشرة) (٣): جواز غسل المستأجر الثوب المستأجر إذا إتسخ وإن لم (يستأذن) (٤) (المؤجر) (٥) في ذلك. (٦)

(السادسة عشرة)(٨): إذا وجد هدياً مشعراً (٩) وليس عنده أحد، جاز له الاكل منه للقرينة الظاهرة. (١٠)

(السابعة عشرة): (٩) لوشرى طعاماً، أو (خشباً) (١١) في دار رجل، فله أن يدخل داره من الدواب، والرجال من يحوّل ذلك، وإن لم يأذن له المالك. (١٢)

---

(١) (الرابعة عشرة) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: الرابعة عشر.

(٢) أنظر: المرجع السابق ٦: ٢٨.

- مسألة استخدام المستاجر للدار المستأجرة، سبق ذكرها والتعليق عليها في الباب السادس والأربعين، فانظرها.

(٣) (الخامسة عشرة) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: الخامسة عشر.

(٤) (يستاذن) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: يأذن.

(٥) (المؤجر) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: المستاجر.

(٦) أنظر: تبصرة الحكام ٢: ٩٦.

- والمسألة لم أجدها فيما اطلعت عليه من كتب الحنفية.

(٧) (السادسة عشرة) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: السادسة عشر.

(٨) هدياً مشعراً: اي هديًا حز سنامه حتى يسيل الدم فيعلم أنه هدي يقال: أشعرَ الهديَ إذا طعن في سنامه الأيمن حتى يسيل منه دم ليعلم أنه هدى. (انظر: المصباح المنير ١: ٣١٥، مختار الصحاح: ٣٣٩، القاموس المحيط ٢: ٥٩ - ٦٠).

(٩) أنظر: تبصرة الحكام ٢: ٩٦.

- لم اجد المسألة فيما اطلعت عليه من كتب الحنفية، ووجدت ما هو قريباً منها فقد قال في الهداية ٣: ١٦٦: «وإذا عطبت البدنة في الطريق، فان كان تطوعاً نحرها، وصبغ نعلها بدمها، وضرب بها صفحة سنامها، ولا يأكل هو، ولا غيره من الأغنياء. . . . . . . والمراد بالنعل قلادتها، وفائدة ذلك أن يعلم الناس أنه هدي، فيأكل منه الفقراء دون الأغنياء».

- فيستدل مما ذكره صاحب الهداية على جواز الأكل بالاعتماد على القرينة الظاهرة، وهذا ما يؤيد المسألة التي ذكرها المصنف رحمه الله.

(١٠) (السابعة عشرة) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: السابعة عشر.

(١١) (خشباً) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: حبّاً.

(١٢) أنظر: تبصرة الحكام ٢: ٩٦.

(الثامنة عشرة) (١): القضاء بالنكول، واعتباره من الأحكام، (ليس) (٢) إلا (رجوعاً) (٣) إلى مجرد القرينة الظاهرة، فقدمت على أصل براءة الذمة. (٤)

(التاسعة عشرة) (٥): قال أصحابنا: إذا تنازع الزوجان في متاع البيت (فإن) (٦) (للرجل) (٧) ما يعرف للرجال، (وللمرأة) (٨) ما يعرف للنساء، وقد تقدم الكلام على ذلك في بابه. (٩)

(العشرون) (١٠): معرفة رضا البكر بصماتها اعتماداً على القرينة الشاهدة بذلك. (١١)

(الحادية والعشرون) (١٢): إذا دخل الرجل بامرأته، وأرخى الستر عليها، (ثم) (١٣) طلق، وقال: لم أمسها، وقالت: (قد) (١٤) وطئني، صدقت وكان عليه الصداق كاملاً. (١٥)

---

(١) (الثامنة عشرة) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: الثامنة عشر.

(٢) (ليس) من المحقق، وفي أ، ب، ج، د، هـ: وليس. والصحيح ما أثبتناه لعدم الحاجة إلى العطف.

(٣) (رجوعاً) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: رجوع. خطأ نحوي.

(٤) أنظر: البدائع ٦:٢٣٠

- مسألة القضاء بالنكول سبق ذكرها والتعليق عليها في الباب الثامن.

(٥) (التاسعة عشرة) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: العشرون.

(٦) (فإن) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: كان.

(٧) (للرجل) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: للرجال.

(٨) (وللمرأة) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: والمرأة.

(٩) أنظر: البدائع ٢:٣٠٨

- سبق ذكر المسألة، وتالتعليق عليها في الباب الثامن والعشرين.

(١٠) (العشرون) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: الحادية والعشرون.

(١١) أنظر: الهداية وشرح فتح القدير ٣:٢٦٤.

- سبق ذكر المسألة، والتعليق عليها في الباب السابع والأربعون.

(١٢) (الحادية والعشرون) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: الثانية والعشرون.

(١٣) (ثم) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: إذا.

(١٤) (قد) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٥) أنظر: الهداية وشرح فتح القدير ٣:٣٣١ - ٣٣٢.

-وفيها: إذا خلا الرجل بامرأته، وليس هنالك مانع من الوطء، ثم طلقها، فلها كمال المهر، لأنها سلمت المبدل، وهو منافع البضع، حيث رفعت الموانع، وذلك وسعها، فيتأكد حقها في البدل اعتباراً بالبيع.

(الثانية والعشرون) (١) : إذا وجد في تركة أبيه، أنّ له عند زيد كذا، جاز له الدعوى بذلك، اعتمادا منه على صحة ما يكتبه أبوه، لما يعلمه من صدقه، وتثبته فيما يضع به خطه، وأظن أنها تقدمت في (الدعاوى) (٢).(٣)

(الثالثة والعشرون) (٤): إذا صاد بازياً في رجليه (سباقان) (٥)، أو ظبياً في أذنيه قرطان، أو في عنقه سلك جوهر، فليس لواجده فيه شيء، وعليه أن يعرفه كاللقطة، لأن ذلك قرينة على (أنه) (٦) (مملوك) (٧) لغيره. (٨)

---

(١) (الثانية والعشرون) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د:الثالثة والعشرون.

(٢) (الدعاوى) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: الدعوى.

(٣) انظر: رسالة نشر العرف ٢:١٤٢، الدر المختار مع حاشية رد المحتار ٥:٤٣٧.

- قال ابن عابدين في رسالة نشر العرف: ١٤٢، تعليقاً على مسألة الخط: «فالحاصل أن المدار على انتفاء الشبهة ظاهراً، وعليه فما يوجد في دفاتر التجار في زماننا، إذا مات أحدهم، وقد كتب ما عليه في دفتره الذي يقرب من اليقين أنه لا يكتب فيه على سبيل التجربة، والهزل، يعمل به والعرف جار بينهم بذلك، فلو لم يعمل به يلزم ضياع أموال الناس ... الخ».

(٤) (الثالثة والعشرون) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: الرابعة والعشرون.

(٥) (سباقان) في: ب، ج وفي أ: ساقان،وفي د، هـ: سامان.

- وسباقا البازي: هما قيداه من سير، أو غيره. (انظر: مختار الصحاح: ٢٨٤، القاموس المحيط ٣:٢٤٣).

(٦) (أنه) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: انها.

(٧) (مملوك) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: مملوكاً. خطأ نحوي.

(٨) انظر: الهندية ٢:٢٩٤.

- وفيها: «من أخذ بازياً، أو شبهه في سواد، أو مصر، وفي رجليه تبر، وجلاجل، وهو يعرف انه اهلي، فعليه أن يعرف ليرده على أهله، وكذا إذا أخذ ظبياً في عنقه قلادة، كذا في المحيط».

(الرابعة والعشرون) (١): لو اشترى سمكة، فوجد في بطنها جوهرة مثقوبة، فعليه تعريفها، وإن كانت غير مثقوبة، مما يعلم أن (الأملاك) لم تتداولها. (٢)

فقال في «المحيط» عن «النوادر»: لواشترى صدفة، أو سمكة، فوجد فيها (لؤلؤة)(٣) فهي للمشتري، لأنها (تتولد) (٤) من الصدف، (فصارت) (٥) كالبيضة، في بطن الدجاجة. (والسمك) (٦) يأكل ما في البحر، فصارت تبعاً له كما لو وجد سمكة في بطن سمكة. (٧)

ولو اشترى دجاجة فوجد في بطنها (اللؤلؤة) (٨)، فهي للبائع، لأنها لا تتولد من الدجاجة بل (ابتلعت) (٩) ملك الغير. أنظر تمام ذلك في «المحيط»في باب: بيع ما هو على خطر الوجود. (١٠)

---

(١) (الرابعة والعشرون) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: الثالثة والعشرون.

(٢) أنظر: تبصرة الحكام ٢:٩٧

- فهذه الجملة منقولة منها، وهي تخالف ما عليه المذهب الحنفي، بل وتتناقض مع ما ذكره المصنف لاحقاً نقلاً عن المحط. ووجه التناقض أن من وجد جوهرة في بطن السمكة، فهي للبائع،وليس على المشتري أن يعرفها، لأن التعريف يكون للقطة المجهولة المالك، فتأمل ذلك.

(٣) (لؤلؤة) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: لؤلؤ.

(٤) (تتولد) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: متولد.

(٥) (فصارت) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: فصار.

(٦) (والسمك) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: السمكة.

(٧) لم يكن المصنف رحمه الله دقيقاً في نقل المذهب حيث إنه أخطأ في نقل حكم الصورة الثانية من المسالة وهي: ما لو اشترى سمكة فوجد فيها لؤلؤة فالحكم في هذه الصورة أن اللؤلؤة للبائع لا للمشتري، لأن اللؤلؤ لا يتولد عن السمك، أما لو شرى سمكة فيها صدفاً، ووجد في الصدف لؤلؤة، فحينئذ تكون اللؤلؤة للمشتري، لأن اللؤلؤ يتولد عن الصدف، كما لو ابتلعت السمكة سمكة. (أنظر: البزازية ٤:٣٩٦ - ٣٩٧، المحيط: ٣ : ق ٧٧).

(٨) (اللؤلؤة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: لؤلؤة.

(٩) (ابتلعت) من المحقق، وفي أ، ب، ج: ابتلعها، وفي د، هـ: إبتلعتها.

والصحيح ما أثبتناه انسجاماً مع السياق.

(١٠) أنظر: البزاز ية ٤: ٣٩٦ - ٣٩٧.

مسألة :

(ذكرها) (١) «بعض الحنابلة» قال: فإن قيل: ما تقولون في كتب العلم يوجد على ظهرها، وهوامشها كتابة الوقف، هل للحاكم أن يحكم بكونها وقفاً (بذلك) (٢) ؟

قيل: هذا يختلف بإختلاف الأحوال، فإذا رأينا كتباً مودعة في خزانة مدرسة وعليها كتابة الوقف، وقد مضى عليها مدة طويلة كذلك، وقد اشتهرت بذلك لم نشك في كونها وقفاً، وحكمها حكم المدرسة في الوقفية. فإن إنقطعت كتبها، أو فقدت، ثم وجدت، وعليها تلك الوقفية ، وشهرت كتب المدرسة في الوقفية (معلومة) (٣)، فيكفي في ذلك الإستفاضة، فإن الوقف يثبت بالإستفاضة والسماع. وأما إذا رأينا كتاباً لا نعلم مقره، ولا نعرف من كتب عليه الوقفية، فهذا يجب التوقف في أمره، حتى يتبين حاله، وهو عيب يثبت للمشتري به الرد. (انتهى)(٤). (٥)

(٦) (ووقع في «الخلاصة» لو كان لوح مضروب على باب دار ينطق بالوقف لا يقضى به ما لم شهد الشهود على الوقف) (٦). (٧)

---

(١) (ذكرها) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٢) (بذلك) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٣) (معلومة) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: معروفة.

(٤) (انتهى) في: ب، د، هـ، وساقطة من أ، ج.

(٥) أنظر: تبصرة الحكام ٢:١٠٠.

- وما ذكره بعض الحنابلة موافق لمذهب الحنفية الذين يقولون بجواز الشهادة بالتسامع، والاستفاضة على أصل الوقف دون شرائطه. (أنظر: جامع الفصولين ١:١٣٠). وقد سبق ذكر المسألة في الباب السابع والثلاثين.

(٦) (وقع .... الوقف) في: أ، د، هـ، وساقطة من ب، ج.

(٧) أنظر: الهندية ٢:٤٤٢، الخانية ٣:٣٤١.

- راجع مسألة الخطوط في الباب السابع والثلاثين.

مسألة :

ومن هذا الباب حكى «بعضهم» (١) في القبلة قال: إذا دخل رجل بلداً خراباً لا أحد فيه، وقد حضر وقت الصلاة، فإن كان من أهل الإجتهاد، (أو لم) (٢) تخف عليه دلائل القبلة، رجع إلى اجتهاده، ولم يلتف إلى تلك المحاريب وإن خفيت عليه الدلائل، ولم يكن من أهل الإجتهاد، وكانت القرية للمسلمين، صلى إلى تلك المحاريب، لأن الظاهر من بلاد المسلمين، أن مساجدهم، وآثارهم لا تخفى، وإن قبلتهم، ومحاريبهم على ما (توجبه) (٣) الشريعة. وأما إذا كانت منصوبة في بلاد المسلمين العامرة في (المساجد) (٤) التي تكثر فيها (الصلاة) (٥)، وتتكرر، ويعلم أن إماماً للمسلمين (بناها) (٦)، فإن العالم والعامي يصلون إلى تلك القبلة، ولا يحتاجون في ذلك الى اجتهاد، لأن المعلوم أنها لم تبن إلا بعد اجتهاد في ذلك.

وأما المساجد التي لا تجري هذا المجرى، فإن العالم إذا كان من أهل الاجتهاد (فسبيله) (٧) أن يستدل على الجهة، فإن خفيت عليه الدلائل (صلى) (٨) إلى تلك المحاريب إذا كان (بلداً للمسلمين) (٩) عامراً، لأن هذا أقوى من اجتهاده، (فأما) (١٠) العامي، فيصلي في سائر المساجد، اذ ليس من أهل الإجتهاد. (١١)

---

(١) هذا القول هو للقاضي ابن الحسين بن القصار حكى فيه مذهب الإمام مالك رحمه الله في المسألة. وقد ذكر هذا القول الشيخ ابو بكر الطرطوشي في كتابه تعليق الخلاف. (انظر: تبصرة الحكام ٢ :١٠١).

(٢) (او لم) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ.

(٣) (توجبه) في: ب، د، هـ، وفي أ، ج: توجب.

(٤) (المساجد) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: المسجاد.

(٥) (الصلاة) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: الصلوات.

(٦) (بناها) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: بينها.

(٧) (فسبيله) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: قبيله.

(٨) (صلى) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٩) (بلداً للمسلمين) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: بلد المسلمين.

(١٠) (فاما) في: أ، د، هـ، وفي ب، ج: واما.

(١١) ما ذكره المصنف رحمه الله هو مذهب المالكية في المسألة، اما مذهب الحنفية فهو جواز الصلاة إلى محاريب المساجد، دون التفصيل ان كانت في بلاد عامرة، أو لا، وبغض النظر عن كون المصلي مجتهداً أم لا.

- قال في الهندية ١ :٦٣ :«وجهة الكعبة تعرف بالدليل، والدليل في الأمصار والقرى المحاريب التي نصبها الصحابة، والتابعون، فعلينا إتباعهم»

- فيها ايضاً ١: ٦٤٠: «لو دخل بلدة، وعاين المحاريب المنصوبة يصلى اليها ولا يتحرى».

تنبيه :

وهذا بشرط أن لا (يشتهر) (١) الطعن (فيها) (٢) كمحاريب القرى، وغيرها (بالديار) (٣) المصرية، فان اكثرها ما زال العلماء قديماً، وحديثاً ينبهون على فسادها.

قاله «القرافي»: «وللزين الدمياطي» (٤) في ذلك كتاب، ولغيره، وقد قصد الشيخ عز الدين ابن عبد السلام الشافعي (٥) تغيير محراب قبة الشافعي، والمدرسة. ومصلى خولان، فعاجله ما منعه من ذلك، وكذلك محراب المحلة مدينة الغربيّة ، والفيوم وهي لا تعد ولا تحصى، ولا يجوز أن يقلدها عالم ولا عامي. (٦)

والحاصل أن تتبع الأحكام مما يطول (الكتاب بجلبه) (٧)، فليقتصر على هذا القدر والله اعلم.

---

(١) (يشتهر) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: يشهد.

(٢) (فيها) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: فيه.

(٣) (بالديار) في: أ، ج، د، هـ وفي ب: في الديار.

(٤) هو القاضي زين الدين أبو عبد الله الحسين بن الحسن السعدي الدمياطي المتوفي سنة .. له درر المباحث في احكام الحوادث (أنظر: كشف الظنون ١/٧٤٩، هدية العارفين ٥/٣٣٢).

(٥) سبقت الترجمة له في رسالة الزميل محمد النتشة في القسم الأول من هذا الكتاب.

(٦) أنظر: تبصرة الحكام ٢:١٠١.

(٧) (الكتاب بجلبه) في: أ، ب، ج وفي د، هـ: الكلام عليه.

فصل
في ذكر الفراسة، والمنع من الحكم منها

والأصل في الفراسه قوله تعالى «إنّ في ذلك لآيات للمتوسمين» (١) فسر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: «للمتفرسين». (ذكره) (٢) «الحكيم) (٣) «الترمذي» في «نوادر الأصول» (٤).

وقال عليه الصلاة والسلام: «إتقوا فراسة المؤمن، فانه ينظر بنور الله» (٥)

وقال عليه الصلاة والسلام : «إن لله عباداً يعرفون الناس بالتوسم» (٦) (ذكرها) (٧) «الترمذي» (٨)

---

(١) سورة الحجر/آية ١٥.

(٢) (ذكره) في: ب، ج، د، هـ، وفي أ: ذكر.

(٣) (الحكيم) في: ج، د، هـ، وفي ب، الحاكم، وساقطة من أ.

- وهو أبو عبد الله محمد بن علي بن حسن بن بشير المؤذن الحكيم الترمذي، من علماء القرن الثالث، توفي شهيداً سنة ٢٥٥هـ.

(أنظر: كشف الظنون ٢/١٩٧٩، ومقدمة الناشر لكتاب نواد الأصول).

(٤) نواد الأصول: ٢٧١

- وهذا الحديث جزء من حديث ابي سعيد الخدري، وسيأتي في حديث: «اتقوا فراسة المؤمن» وهذه الزيادة وردت عند أبي نعيم في الحلية (١٠/ ٢٨١ - ٢٨٢). واحدى روايتي الخطيب. (٣/١٩١).

(٥) جاء من حديث أبي سعيد الخدري أخرجه أبو نعيم في الحلية (١٠/ ٢٨١و ٢٨٢) بإسنادين وأخرجه أيضاً الخطيب في التاريخ (٧/٢٤٢)و (٣/١٩١) واخرجه الطبري في تفسيره (٨/٤٦ ج ١٤) بإسنادين كذلك - والعقيلي (٤/١٢٩) والترمذي (٥/٢٩٨ رقم ٣١٢٧/التفسير) والبخاري في التاريخ الكبير (٧/٣٥٤ ج ٤ ق ١) وأسانيده ضعيفة، ورجح العقيلي والخطيب أنه موقوف على عمرو بن قيس الملائي، قال: كان يقال، فذكره.

ومن حديث أبي أمامة أخرجه الطبراني في الكبير (٨/١٢١ رقم ٧٤٩٧) ومن طريقه أبو نعيم في الحلية (٦/١١٨) والخطيب في التاريخ (٥/٩٩) وابن عبد البر في جامع بيان العلم (١/٢٤٠) وابن عدي في الكامل (٤/١٥٢٣) وفي إسناده أبو صالح عبد الله بن صالح كاتب الليث بن سعد، كان كثير الغلط، وفيه غفلة، وفيه كلام طويل.

ومن حديث ابن عمر أخرجه أبو نعيم في الحلية (٤/٩٤) وإسناده واه جداً.

وأخرجه أيضاً ابن جرير في تفسيرة (٨/٤٦ ج ١٤) وإسناده واهٍ ايضاً.

وجاء أيضاً من حديث أبي هريرة/ اخرجه ابن الجوزي في الموضوعات (٣/١٤٧) وإسناده ضعيف جداً، وفيه انقطاع.

ومن حديث ثوبان أخرجه ابن جرير الطبري في تفسيره ٥(٨/٤٦ ج ١٤) وأبو نعيم في الحلية (٤/٨١) وإسناده واهٍ جداً.

بن الحارث الكناني، ولم اجد له ترجمة، وأبو بكر بن زيد بن المهاجرين فقد ترجمه البخاري وابن أبي حاتم ولم يذكرا فيه جرحاً ولا تعديلاً، فهو مجهول الحال.

وأخرجه الطبراني أيضاً بإسناد آخر ضعيف (١٧/٦٧ رقم ١٣٠)

=

....

= زاد: أحمد وعلي ثوبان فقال لي: أيهما أفضل، فدل على أنه عوض صاحب البستان، وبه يسقط الإستدلال، وسياقه عند البقية يدل على أن التخيير بين قنوي النخل.

وقد استدل أيضاً بحديث أبي هريرة، أخرجه البيهقي (٩/ ٣٦٠ - ٣٦١) بإسناد ضعيف.

واستدل أيضاً بحديث عباد بن شرحبيل اخرجه أحمد (٤/ ١٦٦ - ١٦٧).

وابن ماجه (٢/ ٧٧٠ - ٧٧١ رقم ٢٢٩٨) وأبو داود (٧/ ٢٨٥و ٢٨٦ رقم ٢٦٠٣ و ٢٦٠٤/الجهاد/ في ابن السبيل يأكل من الثمر) والنسائي (٨/ ٢٤٠/القضاة/الإستعداء).

والحاكم (٤/ ١٣٣) وإسناده على شرط الشيخين، ولكنه ليس صريحا في المطلوب إذ فيه، ما علمته إذ كان جاهلاً ولا اطعمته إذا كان جائعاً.

واخرجه أيضاً ابن سعد (٧/ ٥٤ - ٥٥).

واستدل أيضاً بحديث رافع بن عمرو الغفاري اخرجه احمد (٥/ ٣١) وأبو داود (٧/ ٢٨٦ رقم ٢٦٠٥/الجهاد/ من قال: إنه يأكل مما سقط) وابن ماجه (٢/ ٧٧١ رقم ٢٢٩٩) وفيه اثنان أحدهما مجهول الحال، والآخر مجهول العين.

واخرجه أيضاً الترمذي (٣/ ٥٨٤ رقم ١٢٨٨) والحاكم (٣/ ٤٤٤) وفي إسناده مجاهيل، وهو ليس صريحاً في الدلالة، بل قد يدل على نقيضه، إذ فيه: لا ترم وكل ما وقع) قال البيهقي بعد حديث ابن عمر: وقد روي من أوجه اخر ليست بقوية، وقال الحافظ في الفتح. والحق أن مجموعها لا يقصر عن درجة الصحيح. (٥/ ٩٠)، كذا قال والله اعلم.

(٦) اخرجه ابن جرير الطبري في تفسيره (٨/ ٤٦ ج ١٤) والبزار (كشف الاستار ٤/ ٣٦٣٢) عن أنس بن مالك واسناده ضعيف، وهو أيضاً خبر منكر، كما نص عليه أبو حاتم الرازي.

(٧) (ذكرهما) في : أ، ج، وفي ب: ذكره،وفي د، هـ: وذكرهما.

(٨) والعزو للترمذي يوهم أنه صاحب الجامع وليس كذلك، وإنما هو الحكيم الترمذي في نوادر الأصول: ٢٧١.

والفراسة (١) ناشئة عن جودة القريحة، وحدّة (النظر) (٢)، وصفاء (الفكر) (٣)، وقد روى عن عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه: «أنه دخل عليه قوم من (مذجح)(٤)، فيهم «الأشتر» (٥)، فصعد عمر فيه النظر، وصوبه، وقال: أيهم هذا ؟ (فقيل) (٦) «مالك بن الحرث»، فقال: ماله قاتله الله، إني لأرى للمسلمين منه يوماً عصيباً» فكان منه في الفتة ما كان. (٧)

---

(١) الفراسة: بالكسر اسم من التفرس، وهو التوسم، أو هو التثبت، والنظر.
قال ابن قطاع: الفراسة بالعين إدراك الباطن.
قال ابن الأثير: يقال بمعنيين، أحدهما: ما دل عليه ظاهر الحديث، وهو ما يوقعه الله تعالى في قلوب أوليائه، فيعلمون أحوال الناس، بنوع من الكرامات، وإصابة الظن والحدس.
والثاني: نوع يعلم بالدلائل، والتجارب، والخلق، والأخلاق، فتعرف به أحوال الناس وللناس فيه تآليف قديمة وحديثة.
انظر: (تاج العروس: ١٦/٣٢٨ - ٣٢٩، القاموس المحيط: ٢/٢٣٦ - ٢٣٧).
(٢) (النظر) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: الفطنة.
(٣) (الفكر) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: الفكرة.
(٤) (مذحج) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: مدلج.
- ومذحج اسم قبيلة من قبائل العرب اليمنية. (انظر: العواصم من القواصم:١١٦).
(٥) هو الاشترالنخعي، مالك بن الحرث بن عبد يغوث النخعي، المعروف بالأشتر.
أحد الأشراف، والأبطال المذكورين. البّ على عثمان وقاتله، وشهد صفين مع علي، وكاد أن يهزم معاوية، فحمل عليه أصحاب علي لما رأوا مصاحف جند الشام، فكف، وعيّنه علي والياً على مصر، ولكنه مات مسموماً في الطريق.
انظر: (سير اعلام النبلاء: ٤/ ٣٥ وما بعدها، العواصم من القواصم:١١٦).
(٦) (فقيل) في: د، هـ، وفي أ، ب،ج: فقال.
(٧) ذكره القرطبي في تفسيره (١٠/ ٤٤)، والذهبي في ترجمة الأشتر (سير اعلام النبلاء ٤/ ٣٥).

ودخل المدينة (وفد) (١) من اليمن، وكان عمر (مع الصحابة) (٢) في المسجد، فأشاروا إلى رجل من الوفد، وقالوا لعمر: هل تعرفه؟ فقال: لعله «سواد بن قارب»(٣)، فكان كذلك. (٤).

وكان عمر رضي الله عنه يطوف بالبيت، فسمع امرأة تنشد (في الطواف) (٥):

ومنهن من تسقى بعذب مبرد نقاخ (٦) فتلكم عند ذلك (قرت) (٧)

ومنهن من تسقى بأخضر (٨) (آجن) (٩) أجاج، ولولا خشيت الله رنت

فتفرس عمر رضي الله عنه فيما (تشكوه)، (١٠) فبعث إلى زوجها، . فاستنكهه(١١)، فإذا هو أبخر الفم، فأعطاه خمسمائة وجارية، على أن يطلقها، ففعل. (١٣)

---

(١) (وفد) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: وقدم.

(٢) (مع الصحابة) في: أ، ب، ج،وفي د، هـ: والصحابة.

(٣) هو سواد بن قارب الأزدي الدوسي، أو السدوسي، كان كاهناً وشاعراً في الجاهلية، صحابي في الإسلام، عاش إلى خلافة عمر، ومات بالبصرة.
انظر: (الإصابة: ٣/١٤٨ - ١٤٩، أسد الغابة: ٢/ ٣٧٥).

(٤) لم أقف عليه، ولكن ذكره في تبصرة الحكام (٢/ ١٠٣).

(٥) (في الطواف)في: ب، د، هـ: وفي ج: في الطواف ببيت، وساقطة من أ.

(٦) النقاخ: كغراب، الماء البارد العذب الصافي، والخالص.
انظر: (القاموس المحيط:١/ ٢٧٢).

(٧) (قرت) في: أ، ب، هـ، وفي ج: مرت، وفي د، قرة.

(٨) هو الدلو الذي استقي بها زماناً حتى اخضر.
انظر: (القاموس المحيط: ٢:٢١)

(٩) (آجن) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: مجن.
-والآجن:الماء المتغير الطعم واللون.
انظر: (القاموس المحيط:٤/ ١٩٥).

(١٠) (تشكوه) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: شكت.

(١١) اي: استنطقه، أو أخرج ما ستره.
- انظر: (القاموس المحيط: ٤/ ٢٦٤).

(١٢) الأبخر: من البخر بالتحريك، وهو النتن في الفم وغيره.
انظر: (تاج العروس: ١٠/ ١٣٣).

(١٣) لم أقف عليه، ولكن ذكره في تبصرة الحكام (٢/ ١٠٣).

وروي: «أن بعض الصحابة دخل على عثمان رضي الله عنه، وقد كان (مرّ) (١) بالسوق، فنظر إلى امرأة، فلما نظر اليه عثمان رضي الله عنه، قال: «يدخل» (٢) أحدكم علَيْنا، وفي عينيه أثر الزنا.

فقال له الرجل: أوحي بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟

فقال: لا، ولكن برهان وفراسة». (٣)

ومثل هذا كثير عن علي رضي الله عنه

ونقل «القرطبي» في «تفسيره» عن القاضي «أبي بكر بن العربي» أنه قال: الفراسة لا يترتب عليها حكم، وقد كان قاضي القضاة «الشاشي (٤) المالكي» ببغداد، أيام (كوني)(٥) (بالشام) (٦) يحكم بالفراسة جرياً على طريقة القاضي «إياس بن معاوية» وكان «إياس» قاضياً أيام «عمر بن عبد العزيز» (له أحكام كثيرة بطريق الفراسة) (٧).

(قال «ابن العربي») (٨): وكان شيخنا «فخر الإسلام أبو بكر الشاشي» (٩) صنف جزءاً في الرد عليه، كتبه لي بخطه، وأعطانيه، وذلك صحيح، فإن (مدارك) (١٠) الأحكام (معلومة)(١١) شرعاً، مدركة قطعاً، وليست الفراسة منها. انتهى.

والحكم بالفراسة مثل (الحكم) (١٢) بالظن، (والحزر) (١٣)، والتخمين، وذلك فسق وجور من الحاكم، والظن يخطئ ويصيب، وإنما أجيزت شهادة التوسم في محل مخصوص للضرورة. (١٤)

---

(١) (مرّ) في: أ، ب، د، هـ، وفي ج: يمر.

(٢) (يدخل) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: أيدخل.

(٣) ذكره القرطبي في تفسيرة (٧/ ١٤٤)، وابن القيّم في ا لطرق الحكيمة (٣٠)، وابن فرحون في تبصرة الحكام (٢/ ١٠٣ - ١٠٤).

(٤) (الشاشي) في: جميع النسخ، وفي تفسير القرطبي (١٠/ ٤٤)، وفي أحكام القرآن (٣/ ١١٣١)، الشامي، وهو الصحيح.

- لم أجد ترجمة - فيما اطلعت عليه من كتب التراجم - لقاضي القاضي الشامي المالكي، ولكني وجدت ترجمة لقاضي القاضي الشامي الشافعي، وهو الإمام المفتي، الحموي الشافعي الزاهد، ولد سنة (٤٠٠ هـ) وتوفي سنة (٤٨٨هـ). له من التصانيف: البيان في أصول الدين.

انظر: (سير أعلام النبلاء: ١٩/ ٨٥ وما بعدها، طبقات الأسنوي: ٢/ ٩٥، ايضاح المكنون: ١/ ٢٠٦). =

....

=

- أقول: أظنه المعني بقول ابن العربي، لأنه كان قاضي قضـاة في بغداد، أيام كون ابن العربي في الديار الشامية وذلك حوالي سنة (٤٨٥هـ).

انظر: (ترجمة ابن العربي، ورحلته إلى الشام في العواصم من القواصم: ١٠ وما بعدها).

(٥) (كوني) في: أ، ج، وفي ب: توفي، وفي د، هـ : كونه.

(٦) (بالشام) في: أ، ب، ج، وفي د، هـ: في الشام.

(٧) (له ...... فراسة) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

(٨) (قال ابن العربي) في: ب، ج، د، هـ، وساقطة من أ.

- انظر: تفسير القرطبي (١٠/ ٤٤)، أحكام القرآن لابن العربي (٣/ ١١٣١).

٩) هو محمد بن أحمد بن الحسين بن عمر، الإمام الكبير، فخر الإسلام، المعروف بأبي بكر الشاشي الشافعي المسمى بالجنيد لدينه، وورعه، كان إماماً جليلاً حافظاً لمعاقد المذهب وشوارده. له من التصانيف: حلية العلماء، والمعتمد، والترغيب في المذهب، والشافي شرح مختصر المزني، والعمدة. (ت سنة ٥٠٧هـ).

انظر: (طبقات السبكي: ٤/ ٥٧- ٦١، طبقات الأسنوي: ٢/ ٨٦، حلية العلماء: ١/ ٧ وما بعدها).

(١٠) (مدارك) في: د، هـ، وفي أ، ب، ج: مدار.

(١١) (معلومة) في: أ، ج، د، هـ، وفي ب: معلوماً.

(١٢) (الحكم) في: أ، ب، ج، هـ، وفي د: لحكم. خطأ مطبعي.

(١٣) (والحزر) في: أ، ب، د، هـ، وساقطة من ج.

(١٤) انظر: تبصرة الحكام (٢/ ١٠٤).

الفهـــــارس

أولا: فهرس الآيات القرآنية

ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية

فهرس الآثار الواردة في النص

رابعاً: فهرس الأعلام، والطوائف، والقبائل، الواردة في النص.

الرقم	الإســـــم	رقم الصفحة
-٣٧	السغدي: القاضي الإمام.	٣٥٧،٣٩٣
-٣٨	ابن سماعة.	١٦١، ٢٦٠
-٣٩	ابن سهل المالكي .	٢٩٩
-٤٠	سواد بن قارب.	٤٩٤
-٤١	السيد الإمام: أبو شجاع.	٣٧٧
-٤٢	الشاشي: فخر الإسلام	٤٩٥
-٤٣	الشافعي	٧٣، ١٩٢، ١٠٤، ١٤٤، ١٤٦، ١٥١، ١٥٣، ١٧٩، ١٨٦، ٢٣٥، ٢٣٧، ٢٩٤، ٤٠٧، ٤٠٨، ٤١١
-٤٤	الشامي: قاضي القضاة المالكي	٤٩٥
-٤٥	شريح: القاضي	١٨١
-٤٦	الشعبي	٢٣٠
-٤٧	الشيباني: محمد بن الحسن	٨٥، ٨٨، ٩٨، ١٠٠، ١١٣، ١١٨، ١٢٧، ١٢٨، ١٣١، ١٣٢، ١٣٤، ١٣٧، ١٤٠، ١٤١، ١٤٢، ١٤٤، ١٤٥، ١٥١، ١٥٤، ١٥٧، ١٨٠، ١٨٤، ١٩٤، ٢٠٨، ٢١٣، ٢١٤، ٢٤٣، ٢٦١، ٢٦٦، ٢٣٩، ٢٤٤، ٢٧٤، ٣٠٤، ٣١٤، ٣٣٨، ٣٤٣، ٣٥٤، ٣٦٠، ٣٦٤، ٤٠٩، ٤١٣، ٤١٧، ٤٢١، ٤٢٥، ٤٢٨، ٤٣٧، ٤٤٧، ٤٤٩، ٤٤٥، ٤٥٩، ٤٦٧
-٤٨	صاحب النهاية: الحسن السغناقي	٣٧٤
-٤٩	الصدر برهان الأئمة: أبو محمد عبد العزيز	٢٧١
-٥٠	الصدر الشهيد: عبد العزيز بن عمر	٣٣٦، ٣٩٠، ٣٩٣

الرقم	الإســـــم	رقم الصفحة
٩٢-	ابن هارون: أبو الحسن	١٨٦
٩٣-	هارون الرشيد	٩٥
٩٤-	هشام الرازي	١٥٤، ١٨٤، ٤٦٧
٩٥-	هلال بن أمية	١٥٤
٩٦-	هلال الرأي	١٥٧
٩٧-	أبو يوسف	١٠٠، ١١٤، ١١٥، ١٢٧، ١٣٠، ١٣٣، ١٣٤، ١٣٧، ١٤٠، ١٤٢، ١٤٤، ١٤ ٥، ١٤٦، ١٦٠، ١٨٢، ١٨٨، ١٩٤، ٢٠٨، ٢٢٩، ٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٣، ٢٣٤، ٢٣٥، ٢٤١، ٢٤٣، ٢٧٣، ٢٧٤، ٣٠١، ٣١٠، ٣١١، ٣١٢، ٣١٨، ٣٤٩، ٣٥ ٠، ٤٠٦، ٤١٣، ٤٤٤، ٤٤٧، ٤٤٩، ٤٥٢، ٤٦١، ٤٦٣، ٤٦٤

خامساً : فهرس الكتب الواردة في النص

الرقم	إســـم الكتـــاب	رقم الصفحة
١-	الاحكام في تمييز الفتوى عن الاحكام	٢٩٣
٢-	إختلاف العلماء	٢٤٥
٣-	أدب القاضي للخصاف	٢٩٤،٢٢٤
٤-	الاستغناء شرح الوقاية	١٠٢
٥-	الأسرار	٢٦١
٦-	الأصل	٦١،١٠٢،٢٠٨،٢٥٨،٢٦٠،٤١٣،٤٥٠،٤٥٦
٧-	الأقضية	٣١٢،٣١٩،٢٤٨
٨-	الأمالي	٢٣٥
٩-	الايضاح	١١٣،١٣٨،١٤٠،١٤٩،٢٨١،٢٨٥،٣٠٥،٣٣٩،٣٩٢،٣٩٣
١٠-	التجريد	٧٧،٧٩،١٤٩،٢٤٨،٣٣١،٤٢٧،٤٥١،٤٥٥
١١-	التجنيس	٣٤٣،٣٣١،٣٩٠
١٢-	تفسير القرطبي	٤٩٥
١٣-	تهذيب القلانسي	٣٩٠
١٤-	الجامع الصغير	١٨٨،٢٩١،٣٣٠،١٠٥،٣٥٢،١٩٨
١٥-	جامع الفصولين	١٠٠،١٣٩
١٦-	الجامع في الفتاوى	٣٢٢،٣٠٦،٣٢٩،٤٠١
١٧-	الجامع الكبير	١٥٥،٢٧٢،٢٧٦،٢٦٠،١٨٩،٣٦٧،٣٦٤
١٨-	حاشية بعض كتب الذخيرة	٤٢٧
١٩-	الحاوي	٤٠٤

الرقم	إسم الكتاب	رقم الصفحة
-٢٠	الحواشي	٨٥
-٢١	الخزانة	٢٦٠
-٢٢	خزانة الفتاوى	٣٣٩
-٢٣	خزانة الفقه	٢٨٧، ٤٢٩
-٢٤	الخلاصة	٦١، ٩١، ١١٢، ١٥٨، ١٥٩، ١٧٨، ١٨٣، ٢٣٧، ٢٦٠، ٢٧٦، ٣٠٩، ٣٢٥، ٣٥٥، ٤٧٦، ٤٨٨
-٢٥	دقائق الاعراب	٣٢٥
-٢٦	الذخيرة (البرهانية)	١١، ١٣٧، ٣٠١، ٣٢٢، ٣٢٣، ٣٤٣، ٣٤٩، ٣٥١، ٣٥٧، ٣٦٤، ٣٦٨، ٣٧٣، ٣ ٨، ٣٨٣، ٣٨٤، ٣٩٤، ٣٩٥، ٣٩٩، ٤٠٦، ٤٢١، ٤٢٤، ٤٢٧، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٣ ٧، ٤٤٠، ٤٤٥، ٤٥٢
-٢٧	الرحلة	٢٩٥
-٢٨	السير الكبير	٢٤١
-٢٩	شرح أدب القاضي	١٩٤
-٣٠	شرح التجريد	٧١، ١٨٤، ١٩٦، ٢٤٣، ٢٨٧، ٢٧٦، ٢٨١، ٢٨٥، ٣٠٢، ٣٧٢
-٣١	شرح الجامع	١٣٧، ٢٢٣
-٣٢	شرح الجامع الصغير	٣١٦
-٣٣	شرح الحيل	٤٠٣، ٤٣٢، ٤٦٦
-٣٤	شرح خواهرزاده	٢٦٣
-٣٥	شرح السرخسي	١٧٠، ٤٣٧
-٣٦	شرح الشافي	٢٦٠
-٣٧	شرح الطحاوي	٢٦٢، ٣٣٣، ٤٠١
-٣٨	شرح ظهير الدين المرغناني	١٤١

الرقم	إســـم الكتـــاب	رقم الصفحة
٣٩-	شرح الكنز	٤٤٥
٤٠-	شروط الحاكم	٣١٨، ٣٥٣
٤١-	شروط الحلواني	٣١٥، ٣٨٥
٤٢-	العدة	٣٠٤، ٣٥٤، ٣٨٢، ٣٤٦، ٣٩٠، ٤٢٠، ٤٢٤، ٤٢٥، ٤٣٣، ٤٣٤، ٤٤٠
٤٣-	عيون المختلف	٣٣٨
٤٤-	عيون المسائل	٢٧١، ٢٧٥
٤٥-	غريب الرواية	٤٢٨
٤٦-	الفتاوى	١٣٨، ١٥٨، ٢٠٥، ٣٤٧، ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣١، ٤٧٤
٤٧-	فتاوى أبي الليث	٤٥٤
٤٨-	فتاوى أهل سمرقند	٢٧٥، ٣٥٢، ٣٨٧
٤٩-	الفتاوى البخارية	١٦٩
٥٠-	الفتاوى الخانية	٣٧٤، ٤٠٩، ٤١١
٥١-	الفتاوى الرشيدية (فتاوى رشيد الدين)	٣٠٥، ٣٠٧، ٣١٦، ٣٢١، ٣٢٢، ٣٢٣، ٣١١، ٣٢٨، ٣٤٤، ٣٤٥، ٣٤٦، ٣٤٧، ٣٥٥، ٣٥٩، ٣٦٣، ٣٦٩، ٣٩٢، ٤٠٢، ٤٢٥، ٤٢٦
٥٢-	الفتاوى الصغرى	١٦٨، ٢٠٧، ٣٠٣، ٣٣٣، ٤٠١، ٤٢٣، ٤٢٦
٥٣-	الفتاوى الظهيرية (فتاوى ظهير الدين)	٢٦١، ٣١٧، ٣١٩، ٣٠٤، ٣٣٥، ٣٤٢، ٣٤٦، ٣٥٤، ٣٩٦، ٤٠٤، ٤٢٥، ٤٣١، ٤٣٢، ٤٣٧
٥٤-	فتاوى الفضلي	٣٥٠، ٣٨٣، ٤٣٧
٥٥-	فتاوي القاضي الإمام	٢٦٠

الرقم	إســـــم الكتـــاب	رقم الصفحة
٥٦-	فتاوى النسفي	١٩٥،١٦٨،١٦٩،١٧٩،٣٧٦،٤٠٣
٥٧-	فصول الإسروشني	١١٢،٣٥٥،٣٩٥،٤٤٥
٥٨-	فصول العمادي (عماد الدين)	٣٠٢،٤٢٠
٥٩-	فصول الفقه	٤١٤
٦٠-	فوائد الأوزجندي	٣٥٧
٦١-	فوائد برهان الدين	٣٢٠،٣٨٠
٦٢-	فوائد صاحب المحيط	٣٥٣،٣٨٠،٤٢٧
٦٣-	فوائد ظهير الدين	٤٣٠
٦٤-	الفوائد للهداية	٢٦٤
٦٥-	فوائد نظام الدين	٤٠١
٦٦-	القنية	٢١٧،٢٢٢،٣٥٣،٢٦٣،٤٢٦،٤٢٨،٤٥١
٦٧-	الكافي	١٣٧
٦٨-	كتاب البزدوي	٤٠٣
٦٩-	كتاب الدعاوى والبينات	٣٤٩،٤٣١
٧٠-	لطائف الإشارات	٣٨٩
٧١-	المبسوط	٩٣،٩٧،٣٠١،٣١٠،٣٦٩
٧٢-	المجرد	١١٦
٧٣-	مختلف الرواية	٣٨٠
٧٤-	مجمع النوازل	٣٧٨
٧٥-	المحيط البرهاني	٦٠،٧١،٨٥،٨٨،٩٣،١١٢،١٤٩،١٥٧،١٦٩،١٨٤،٢١٠،٢١٧، ٢٤٣،٢٥١،٢٦٦،٢٧٠،٢٧٦،٣١٠،٣١٢،٣١٩،٣٢١،٣٢٨، ٣٢٣،٣٣٣،٣٧٠،٣٨٦،٤٠٣،٤٠٤،٤٠٥،٤١٤،٤٢٣،٤٣٠،٤٨٧

الرقم	إســــم الكتـــاب	رقم الصفحة
٧٦	مراتب الإجماع	١٠٢
-٧٧	معراج الدراية	٧٧
-٧٨	الملتقط	٣٠٣،٣٩٤،٤٤٩
-٧٩	المتقى	١٠٥،١٧٩،١٤٩،٣٠٤،٣١١،٣٥٤،٣٦٩
-٨٠	المنية	١٦٨
-٨١	النصاب	٢٦٠،٤٧١،٤٧٦
-٨٢	نكت الشيرازي	٢٦١
-٨٣	النوادر	٦٠،١٥٤،٢٥٠،٤٠٦،٤٨٧
-٨٤	نوادر الأصول	٤٩١
-٨٥	نوادر ابن سماعة	٤٤٤
-٨٦	نوادر هشام	٤٢٦
-٨٧	نوازل أبي الليث	٢٧٠،٣١٤،٣٥١،٣٨٨،٤٥١،٤٥٢،٤٥٣
-٨٨	الهداية	٢٦٤،٣٤١،٣٣٨،٣٨٤
-٨٩	الواقعات	٢٠٦،٣٠٧،٣٣٢
-٩٠	واقعات الناطفي	١٩٢
-٩١	الوقاية	١٠٢،١٩٥
-٩٢	وقف الخصاف	١٥٧
-٩٣	وقف هلال	١٥٧

سادساً: فهرس الأماكن الواردة في النص

الرقم	إســـم المكان	رقم الصفحة
١-	بخارى	٤٣٩
٢-	الشام	٤٩٥
٣-	الفيوم	٤٩٠
٤-	كاشان	٤٣٩
٥-	الكوفة	٣٠٦
٦-	المحلة	٤٩٠
٧-	المدينة	١٧٥، ٤٩٣
٨-	مدينة الغربية	٤٩٠
٩-	مصر	١٧٤
١٠-	مكة	١١٧، ١٧٤، ٣٠٦
١١-	اليمن	٤٩٣

سابعاً: فهرس المراجع والمصادر:

أ- القرآن وعلومه:

١- القرآن الكريم
٢- أحكام القرآن (القاضي أبو بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ت ٥٤٣هـ) دار الجيل(بيروت) ١٩٧٨، تحقيق: علي محمد البجاوي.
٣- جامع البيان عن تأويل آي القرآن المعروف بتفسير الطبري (أبو جعفر محمد بن جرير الطبري ت ٣١٠هـ) دار الفكر/ ١٩٨٤م.
٤- الجامع لأحكام القرآن (أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي ت ٦٧١هـ) مؤسسة مناهل العرفان (بيروت).
٥- المفردات في غريب القرآن (أبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني ت ٥٠٢هـ) دار المعرفة (بيروت). تحقيق: محمد سيد كيلاني.

ب- الحديث وعلومه:

١- تلخيص الحبير (احمد بن علي بن حجر العسقلاني ت ٨٥٢هـ)/ ١٩٦٤م. بعناية: عبدالله هاشم اليماني.
٢- تلخيص المستدرك. (شمس الدين أبو عبدالله محمد بن أحمد الذهبي ت ٨٤٨هـ) دار الفكر/١٩٧٨م. مطبوع بذلك المستدرك.
٣-تنوير الحوالك، شرح على موطأ مالك (مالك بن أنس الأصبحي ت ١٧٩هـ) الشارح: جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ت ٩١١هـ/ المكتبة الثقافية.
٤- جامع الترمذي وهو سنن الترمذي (أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة ت ٢٧٩هـ) المكتبة الإسلامية. تحقيق: أحمد شاكر.
٥-الجوهر النقي (علاء الدين علين عثمان المارديني الشهير بان التركماني ت ٧٤٥هـ) دار الفكر. مطبوع مع السنن الكبرى.
٦-حلية الأولياء (أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصفهاني ت ٤٣٠هـ) دار الفكر.

٧-دلائل النبوة (احمد بن الحسين البيهقي ت ٤٥٨هـ) دار الكتب العلمية/ الطبعة الأولى ١٩٨٥م. تعليق: عبد المعطي قلعجي.
٨- سنن ابن ماجه (محمد بن يزيد القزويني ت ٢٧٥هـ) دار إحياء التراث العربي/ ١٩٧٥.
٩-سنن الدارقطني (علي بن عمر ت ٣٥٦هـ) دار المحاسن/ ١٩٦٦م.
١٠-سنن الدارمي (عبد الله بن عبد الرحمن ت ٢٥٥هـ) دار المحاسن/ ١٩٦٦م.
١١- السنن الكبرى (أحمد بن الحسين البيهقي ت ٤٥٨هـ) دار الفكر.
١٢- سنن النسائي (أحمد بن شعيب النسائي ت ٣٠٣هـ) دار إحياء التراث العربي (بيروت).
١٣-السنة (عمرو بن أبي عاصم الشيباني ت ٢٨٧هـ) المكتب الإسلامي/ الطبعة الأولى ١٩٨٠.
١٤- السيرة النبوية (عبد الملك بن هشام الحميري توفي بين ٢١٣ - ٢١٨هـ) دار احياء التراث العربي/ ١٩٣٦ تحقيق: مصطفى السقا ورفيقه.
١٥- شرح معاني الآثار (احمد بن محمد بن سلامة الطحاوي ت ٣٢١هـ)دار الكتب العلمية/ الطبعة الأولى ١٩٧٩م. تحقيق: محمد زهدي النجار.
١٦-صحيح ابن خزيمة (ابو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة السّلمي النيسابوري ت ٣١١هـ) المكتب الإسلامي. تحقيق: د. محمد مصطفى الأعظمي.
١٧- صحيح البخاري (محمد بن إسماعيل البخاري ت ٢٥٦هـ) دار إحياء التراث العربي/ ١٣١٣هـ.
١٨- صحيح مسلم (مسلم بن الحجاج النيسابوري ت ٢٦١هـ) دار إحياء الكتب العربية. عيسى البابي الحلبي وشركاه/ الطبعة الأولى ١٩٥٥م.
١٩-العلل (أبو محمد عبد الرحمن الرازي المعروف بابن أبي حاتم ت ٣٢٧هـ) دار المعرفة/ ١٩٨٥م.
٢٠-عون المعبود شرح سنن أبي داود (سليمان بن الأشعث السجستاني ت ٢٧٥هـ) المكتبة السلفية/ الطبعة الثالثة ١٩٧٩م.
٢١-فتح الباري شرح صحيح البخاري (احمد بن علي بن حجر العسقلاني ت ٨٥٢هـ). دار الفكر: تحقيق: عبد العزيز بن باز.

٢٢- الكتاب المصنف (أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة ت ٢٣٥هـ) الدار السلفية/ الطبعة الثانية ١٩٧٩م.
٢٣- كشف الأستار عن زوائد البزار (نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ت ٨٠٧ هـ)مؤسسة الرسالة/ الطبعة الأولى ١٩٧٩م.
٢٤- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد (نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ت ٨٠٧ هـ) دار الكتاب/ الطبعة الثانية ١٩٦٧م.
٢٥- المراسيل (سليمان بن الأشعث السجستاني ت ٢٧٥هـ) دار المعرفة/ الطبعة الأولى ١٩٨٦.
٢٦-المستدرك على الصحيحين (الحاكم محمد بن عبد الله النيسابوري ت ٤٠٥هـ) دار الفكر/ ١٩٧٨م.
٢٧-المسند (أحمد بن محمد بن حنبل الشيباني ت ٢٤١هـ) المكتب الإسلامي/ الطبعة الثانية ١٩٨٧م.
٢٨-مسند الشهاب (محمد بن سلامة القضاعي ت ٤٥٤هـ) مؤسسة الرسالة/ الطبعة الثانية ١٩٨٦م.
٢٩-المسند (سليمان بن داود الطيالسي ت ٢٠٤ هـ) دار الكتاب اللبناني ودار التوفيق/ الطبعة الثانية ١٩٨٦م.
٣٠-المصنف (عبد الرزاق بن همام الصنعاني ت ٢١١هـ) المجلس العلمي/ الطبعة الأولى ١٩٧٠م.
٣١-المعجم الكبير (سليمان بن احمد الطبراني ت ٣٦٠هـ) / الطبعة الثانية تحقيق: حمدي السلفي.
٣٢-المغازي (محمد بن اسحاق بن يسار ت ١٥١هـ) الوقف للخدمات الخيرية. تحقيق: محمد حميد الله.
٣٣-المقاصد الحسنة (محمد بن عبد الرحمن السخاوي ت ٩٠٢هـ) دار الكتب العلمية/ الطبعة الأولى ١٩٧٩م.
٣٤-منية الألمعي فيما فات من تخريج أحاديث الهداية للزيلعي (الحافظ القاسم بن قطلوبغات ٨٧٩هـ) المكتبة الإسلامية/ الطبعة الثانية ١٩٧٣م. تحقيق: محمد زاهد الكوثري.

٣٥- موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان (نور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي ت ٨٠٦هـ) دار الكتب العلمية.
٣٦-الموضوعات (أبو الفرج جمال الدين بن علي بن جعفر الجوزي ت ٥٩٧هـ) مكتبة ابن تيمية/ الطبعة الثانية ١٩٨٧م.
٣٧-نصب الراية لأحاديث الهداية (عبد الله بن يوسف الزيلعي ت ٧٦٢هـ) المكتبة الإسلامية/ الطبعة الثانية ١٩٧٣م.
٣٨- نوادر الأصول في معرفة أحاديث الرسول (أبو عبد الله محمد الحكيم الترمذي من علماء القرن الثالث الهجري) المكتبة العلمية (المدينة المنورة).

ج-اللغة وعلومها:

١- تاج العروس من جواهر القاموس (السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي) مطبعة حكومة الكويت/ ١٩٧٢م. تحقيق: إبراهيم الترزي.
٢- القاموس المحيط (مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي الشيرازي) مطبعة النوري (دمشق).
٣- لسان العرب (جمال الدين محمد بن كرم بن منظور الإفريقي المصري ت ٧١١هـ) دار الفكر.
٤- مختار الصحاح (محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ت ٦٦٦هـ) دار القلم.
٥- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي (أحمد بن محمد بن علي المصري الفيومي ت ٧٧٠هـ) المكتبة العلمية.

د- الفقه:

أولاً الفقه الحنفي:

١- الاختيار لتعليل المختار (عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي ت ٦٨٣هـ) دار المعرفة/ الطبعة الثالثة ١٩٧٥م. تحقيق :محمود أبو دقيقة.

٢- الإسعاف في أحكام الأوقاف (برهان الدين بن إبراهيم بن موسى بن أبي بكر الشيخ علي الطرابلسي الحنفي، كان حياً ٩٠٥هـ) دارالطباعة الكبرى المصرية/ ١٢٩٢هـ.

٣-الأشباه والنظائر (زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ت ٩٧٠هـ) دار الكتب العلمية/ ١٩٨٥م.

٤- الأصل (الإمام محمد بن الحسن الشيباني ت ١٨٧هـ) مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية/ الطبعة الأولى ١٩٧٣م. تحقيق: أبو الوفا الأفغاني.

٥- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (علاء الدين بن مسعود الكاساني ت ٥٨٧هـ) دار الكتاب العربي/ الطبعة الثانية ١٩٨٢م.

٦- البناية في شرح الهداية (محمود بن أحمد العيني ت ٨٥٥هـ) دار الفكر/ الطبعة الأولى ١٩٨١م. تصحيح: محمد عمر الشهير بناصر الإسلام الرامفوري.

٧- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق (عثمان بن علي الزيلعي ت ٧٤٣هـ) دار المعرفة/ الطبعة الثانية عن الطبعة الأولى الميرية ١٣١٤هـ.

٨- تحفة الفقهاء (علاء الدين السمرقندي ت ٥٣٩هـ) إدارة إحياء التراث بقطر/ الطبعة الثانية. تحقيق محمد زكي عبد البر.

٩- التعريفات (الشريف علي بن محمد الجرجاني) دار الكتب العلمية/ الطبعة الأولى ١٩٨٢م.

١٠- تكملة شرح فتح القدير المسماة نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار (أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده أفندي) دار الفكر/ الطبعة الثانية، مطبوع مع شرح فتح القدير .

١١- تكملة رد المحتار المسماة حاشية قرة عيون الأخيار (محمد علاء الدين أفندي) دار الفكر/ ١٩٧٩م. مطبوع مع حاشية رد المحتار.

١٢- جامع أحكام الصغار (محمد بن محمود الأسروشني ت ٦٣٢هـ) مطبعة النجوم الخضراء/ الطبعة الأولى ١٩٨٢م. تحقيق: عبد الحميد عبد الخالق البيزلي.

١٣- الجامع الصغير (أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني ت ١٨٩هـ) عالم الكتب/ الطبعة الأولى ١٩٨٦م.

١٤- جامع الفصولين (محمد بن اسرائيل الشهير بابن قاضي سماونة) المطبعة الميرية/ الطبعة الأولى ١٣٠٠هـ.
١٥- الجامع الكبير (أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني ت ١٨٩هـ) دار إحياء التراث/ الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ. تحقيق: أبو الوفا الأفغاني.
١٦- حاشية خير الدين الرملي على جامع الفصولين، مطبوع مع جامع الفصولين. المطبعة الميرية/ ١٣٠٠هـ.
١٧- حاشية الدرر على الغرر (عبد الحليم بن يرقدم فقيه) المطبعة العثمانية/ ١٣١١هـ.
١٨- حاشية سعدي أفندي على العناية (سعد الله بن عيسى الشهير بسعدي جلبي ت ٩٤٥هـ) مطبوع بذيل فتح القدير، دار الفكر/ الطبعة الثانية.
١٩- حاشية الشلبي (شهاب الدين الشلبي) دار المعرفة/ الطبعة الثانية عن الطبعة الأولى الميرية ١٤١٣هـ، مطبوع على هامش تبيين الحقائق.
٢٠- حاشية الطحطاوي على الدر المختار (السيد أحمد الطحطاوي) دار المعرفة/ ١٩٧٥م.
٢١- الخراج (الامام أبو يوسف، يعقوب بن إبراهيم الأنصاري ت ١٨٢هـ) المطبعة السلفية/ الطبعة الرابعة ١٣٩٢هـ مطبعة دار المعرفة/ ١٩٧٩م.
٢٢- خزانة الفقه (أبو النصر محمد بن أحمد السمرقندي ت ٣٧٣هـ) شركة الطبع والنشر الأهلية/ ١٩٦٥م. تحقيق: د. صلاح الدين الناهي.
٢٣- الدر المختار شرح تنوير الأبصار (محمد بن علي الحصكفي ت ١٠٨٨هـ) دار الفكر/ ١٩٧٩م.
٢٤- در المنتقي في شرح الملتقى (محمد بن علي الحصكفي ت ١٠٨٨هـ) المطبعة العثمانية/ ١٣٢٧هـ. مطبوع بهامش مجمع الأنهر.
٢٥- رد المحتار على الدر المختار (محمد أمين الشهير بابن عابدين) دار الفكر/ ١٩٧٩م.
٢٦- رسائل ابن عابدين، رسالة نشر العرف (محمد أمين الشهير بابن عابدين) دار إحياء التراث العربي.
٢٧- رسائل ابن نجيم، رسالة في التناقض في الدعوى (زين العابدين إبراهيم

الشهير بابن نجيم المصري ت ٩٧٠هـ) دار الكتب العلمية/ الطبعة الأولى ١٩٨٠. تحقيق. خليل: الميس.

٢٨- رسوم القضاة وطريق النجاة (أبو القاسم علي بن محمد بن أحمد الرجبي السمناني ت ٤٩٩هـ) مؤسسة الرسالة ودار الفرقان/ الطبعة الثانية ١٩٨٤م تحقيق: د. صلاح الدين الناهي.

٢٩- شرح أدب القاضي للخصاف (ابو بكر أحمد بن علي الرازي المعروف بالجصاص ت ٣٧٠هـ) مطبعة الجبلاوي (مصر). تحقيق: فرحان زيادة.

٣٠- شرح أدب القاضي للخصاف (حسام الدين عمر بن عبد العزيز بن مازة الحنفي، المعروف بالصدر الشهيد ت شهيداً ٥٣٦هـ) مطبعة الإرشاد/ الطبعة الأولى ١٩٧٧م، تحقيق محي هلال السرحان.

٣١- شرح العناية على الهداية (أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي ت ٧٨٦هـ) مطبوع مع (شرح فتح القدير) دار الفكر/ الطبعة الثانية.

٣٢- شرح فتح القدير على الهداية (كمال الدين محمد عبد الواحد السيواسي المعروف بان الهمام ت ٦٨١هـ) دار الفكر/ الطبعة الثانية.

٣٣- طلبة الطلبة في الإصطلاحات الفقهية (نجم الدين بن حفص النسفي ت ٥٣٧هـ) طبعة مكتبة المثنى عن طبعة المكتبة العامرة/ ١٣١١هـ.

٣٤- عيون المسائل (أبو الليث نصر بن محمد بن أحمد السمرقندي ت ٣٧٣هـ) شركة الطبع والنشر الأهلية (بغداد)/ ١٩٦٥م. تحقيق: د. صلاح الدين الناهي.

٣٥- الفتاوى البزازية، الجامع الوجيز (محمد بن محمد بن شهاب المعروف بابن البزاز الكردري الحنفي ت ٨٢٧ هـ) دار إحياء التراث العربي/ الطبعة الرابعة ١٩٨٦م عن الطبعة الثانية/ الميرية ١٣١٠هـ، مطبوع على هامش الفتاوى الهندية.

٣٦- الفتاوى الخانية (حسن بن منصور الأوزجندي الفرغاني ت ٢٩٥هـ) دار إحياء التراث العربي/ الطبعة الرابعة ١٩٨٦م. مطبوع على هامش الفتاوى الهندية.

٣٧- الفتاوى الهندية، أو الفتاوى العالمكيرية (الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام) دار إحياء التراث العربي/ الطبعة الرابعة ١٩٨٦م/ عن الطبعة

الثانية/ الميرية ١٣١٠هـ.
٣٨- فصول الأحكام في أصول الأحكام، أو فصول العمادي (أبو الفتح بن أبي بكر بن عبد الجليل السمرقندي) مخطوط، وقد إعتمدت على نسخة المكتبة الظاهرية (دمشق) والمحفوظة تحت الرقم (٦١٤٠) حنفي.
٣٩- لسان الحكام في معرفة الأحكام (أحمد بن محمد المعروف بابن الشحنة ت ٨٨٢هـ) المطبعة الميمنية/ ١٣١٠هـ، مطبوع بهامش معين الحكام.
٤٠- اللباب في شرح الكتاب (عبد الغني الغنيمي الدمشقي الميداني) دار الكتاب العربي، تحقيق: محمود أمين النوادي.
٤١- المبسوط (شمس الدين السرخسي ت ٥٠٠هـ) دار المعرفة/ ١٩٨٦م.
٤٢- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (عبد الله بن عبد الرحمن بن محمد المعروف بداماد أفندي) المطبعة العثمانية/ ١٣٢٧هـ.
٤٣- المحيط البرهاني (برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري ت ٦١٦هـ) مخطوط مصور في مدرسة الأحمدي بمدينة حلب، وقد اعتمدت على النسخة الورقية المحفوظة عنه في مركز المخطوطات والوثائق في الجامعة الأردنية.
٤٤- مختصر الطحاوي (أبو جعفر أحمد بن محمد الطحاوي ت ٣٢١هـ) دار إحياء العلوم/ الطبعة الأولى ١٩٨٦م. تحقيق: أبو الوفا الأفغاني.
٤٥- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام (علاء الدين الطرابلسي كان حياً ٨٤٤هـ) القسم الأول منه، بتحقيق محمد عبد الجواد النتشة، محفوظ منه نسخة في مركز الرسائل الجامعية في الجامعة الأردنية.
٤٦- مسعفة الحكام (محمد بن عبد الله بن أحمد الترمتاشي الغزي ت ١٠٠٤هـ). مطبوع مع رسائل ابن نجيم. دار الكتب العلمية/ الطبعة الأولى ١٩٨٠م. تحقيق: خليل الميس.
٤٧- موجبات الأحكام وواقعات الأيام (قاسم بن قطلو بغات ٨٧٩ هـ) مطبعة الإرشاد/ ١٩٨٣م. تحقيق: محمد سعود المعيني.
٤٨- النافع الكبير على الجامع الصغير لمحمد بن الحسن (عبد الحي اللكنوي ت ١٣٠٤هـ) عالم الكتب/ الطبعة الأولى ١٩٨٦م. مطبوع مع الجامع الصغير.

٤٩- النتف في الفتاوى (أبو الحسن علي بن الحسن السغدي ت ٤٦١هـ) مؤسسة الرسالة ودار الفرقان/ الطبعة الثانية ١٩٨٤م. تحقيق: د. صلاح الدين الناهي.
٥٠- الهداية شرح بداية المبتدي (برهان الدين علي بن أبي بكر المرغناني ت ٥٩٣هـ) دار الفكر/ الطبعة الثانية، مطبوع مع شرح فتح القدير.
٥١- وقف هلال، أو أحكام الأوقاف (هلال بن يحي بن مسلم الرأي البصري ت ٢٤٥هـ) مطبعة دائرة المعارف العثمانية/ الطبعة الأولى ١٣٥٥هـ.

ثانياً: الفقه المالكي:

١- الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام (أبو العباس أحمد بن إدريس القرافي ت ٦٨٤هـ) مطبعة الأنوار/ الطبعة الأولى ١٩٣٨م. تحقيق: محمد عرنوس.
٢- إدرار الشروق على أنواء الفروق (أبو القاسم قاسم بن عبد الله الأنصاري المعروف بابن الشاط) دار المعرفة (بيروت). مطبوع مع الفروق.
٣- بداية المجتهد ونهاية المقتصد (الإمام أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد القرطبي ت ٥٩٥هـ) دار المعرفة (بيروت)/ الطبعة السادسة ١٩٨٢م.
٤- التاج والإكليل لمختصر خليل (أبو عبد الله محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الشهير بالمواق ت ٨٩٧هـ) دار الفكر/ الطبعة الثانية ١٩٧٨م. مطبوع بهامش مواهب الجليل.
٥- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام (أبو الوفا إبراهيم بن محمد بن فرحون اليعمري المالكي ت ٧٩٩هـ) دار الكتب العلمية عن المطبعة العامرة الشرقية (مصر) ١٣٠١هـ.
٦- تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرارالفقهية (الشيخ محمد علي ابن المرحوم الشيخ حسين مفتي المالكية) دار المعرفة (بيروت). مطبوع مع الفروق.
٧- جواهر الإكليل شرح العلامة خليل في مذهب الإمام مالك (الشيخ صالح عبد السميع الآبي الأزهري) دار الفكر.
٨- الفروق (أبو العباس الصنهاجي المشهور بالقرافي) دار المعرفة.

٩- القوانين الفقهية (أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي توفي شهيداً سنة ٧٤١هـ) دار الفكر/ طبعة جديدة ومنقحة.
١٠- الكافي في فقه أهل المدينة المالكي (أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البرّ النمري القرطبي ت ٤٦٣هـ) دار الكتب العلمية/ الطبعة الأولى ١٩٨٧م.
١١- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل (أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب ت ٩٥٤هـ) دار الفكر/ الطبعة الثانية ١٩٧٨م.

ثالثاً: الفقه الشافعي:

١- أدب القضاء، الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات (أبو اسحاق إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم الحموي ت ٦٤٢هـ) دار الفكر (دمشق)/ الطبعة الثانية ١٩٨٢م. تحقيق: محمد الزحيلي.
٢- أدب القضاء (علي بن محمد بن حبيب الماوردي ت ٤٥٠هـ) مطبعة الإرشاد (بغداد)/ ١٩٧١م تحقيق: د. محي هلال السرحان.
٣- الأم (الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ت ٢٠٤هـ) دار الفكر/ الطبعة الثانية ١٩٨٣م.
٤- حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي (الشيخ شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة) دار إحياء الكتب العربية/ عيسى البابي الحلبي وشركاه (مصر).
٥- حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء (سيف الدين محمد بن أحمد أبو بكر الشاشي القفال) مكتبة الرسالة الحديثة (عمان)/ الطبعة الأولى ١٩٨٨م. حققه وعلق عليه: أ.د ياسين أحمد درادكة.
٦- شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين للإمام النووي (جلال الدين المحلي) دار إحياء الكتب العربية/ عيسى البابي الحلبي وشركاه (مصر).
٧- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج (الشيخ محمد الخطيب الشربيني) دار الفكر.

٨- المهذب في فقه الإمام الشافعي (أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز أبادي الشيرازي) دار الفكر.

٩- الوجيز في فقه الإمام الشافعي (أبو حامد محمد بن محمد الغزالي ت ٥٠٥هـ).

رابعاً: الفقه الحنبلي:

١- الروض المربع بشرح زاد المستقنع (الشيخ منصور بن يونس البهوتي) عالم الكتاب/ ١٩٨٥م.

٢- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية (أبو عبد الله محمد بن أبي بكر الزرعي الدمشقي المعروف بابن قيم الجوزية ت ٧٥١هـ) دار الكتب العلمية. تحقيق: محمد حامد الفقي.

٣- المغني (أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ت ٦٢٠هـ) مكتبة الرياض الحديثة/ ١٩٨١م.

خامساً: الفقه الظاهري:

١- المحلى (علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري ت ٤٥٦هـ) دار الفكر.

٢- مراتب الإجماع (علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ت ٤٥٦هـ) دار الكتب العلمية.

سادساً: الفقه العام:

١- أحكام الأوقاف في الشريعة الإسلامية (د. محمد عبيد عبد الله الكبيسي) مطبعة الإرشاد (بغداد) ١٩٧٧م.

٢- شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني (د. محمود السرطاوي) دار

العدوي/ الطبعة الأولى ١٩٨١م.
٣- الفقه الإسلامي وأدلته (د. وهبة الزحيلي) دار الفكر/ الطبعة الأولى ١٩٨٤م.
٤- المدخل الفقهي العام (الأستاذ مصطفى الزرقاء) مطابع الف باء الأديب (دمشق)/ الطبعة التاسعة ١٩٦٨م.
٥- نظرية الضمان في الفقه الإسلامي العام (أ.د محمد فوزي فيض الله) مكتبة دار التراث (الكويت)/ الطبعة الأولى ١٩٨٣م.
٦- وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية (د. محمد مصطفى الزحيلي) مكتبة دار البيان(دمشق)/ الطبعة الأولى ١٩٨٢م.

هـ- كتب أصول الفقه:

١- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول (محمد بن علي الشوكاني ت ١٢٥٥هـ) دار الفكر.
٢- أصول السرخسي (الإمام أبو بكر محمد بن سهل السرخسي ت ٤٩٠هـ) دار المعرفة/ ٩٧٣م. تحقيق أبو الوفا الأفغاني.
٣- التوضيح لمتن التنقيح (القاضي عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري الحنفي ت ٧٤٧هـ) دار الكتب العلمية (بيروت).

و- الطبقات والتراجم والسير:

١- أخبار القضاة (وكيع محمد بن خلف بن حيّان) مطبعة السعادة (مصر)/ الطبعة الأولى ١٩٤٧م. تحقيق: عبد العزيز مصطفى المراغي. وطبعه عالم الكتب (بيروت).
٢- أسد الغابة في معرفة الصحابة (عز الدين أبو المحاسن علي بن أبي الكرم الشيباني المعروف بابن الأثير ت ٦٣٠هـ) دار إحياء التراث العربي.
٣- الإصابة في تمييز الصحابة (قاضي القضاة شهاب الدين أبو الفضل احمد بن

علي بن محمد الكناني العسقلاني، المعروف بابن حجر ت ٨٥٢هـ). دار الكتب العلمية عن طبعة كلكتا/ ١٨٥٣م. وطبعة مطبعة السعادة/ الطبعة الأولى/ ١٣٢٨هـ.

٤- الأعلام (خير الدين الزركلي) دار العلم للملايين/ الطبعة السادسة ١٩٨٤م.

٥- تاج التراجم في طبقات الحنفية (قاسم بن قطلو بغا، ت ٨٧٩هـ) مكتبة المثنى/ ١٩٦٢م.

٦- تاريخ قضاة الأندلس - المرقبة العليا فيمن يستحق القضاء والفتيا - (ابو الحسن بن علي النباهي المالقي الأندلسي) دار الكتاب المصري/ ١٩٤٨م.

٨- التاريخ الكبير (محمد بن اسماعيل البخاري ت ٢٥٦ هـ) دار الفكر/ ١٩٨٦م.

٩- ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك (القاضي عياض بن موسى بن عياض اليحبصي السبتي، ت ٥٤٤هـ) المطبعة الملكية (الرباط). تعليق: محمد بن تاريت الطنجي.

١٠- الجواهر المضية في طبقات الحنفية (عبد القادر بن محمد القرشي ت ٧٧٥هـ) دار العلوم (الرياض)/ ١٩٧٨م. تحقيق: د. عبد الفتاح الحلو.

١١- الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب (إبراهيم بن محمد بن فرحون المالكي ت ٧٩٩هـ) دار التراث (القاهرة). تحقيق: د. محمد الأحمدي أبو النور.

١٢- سير أعلام النبلاء (محمد بن أحمد شمس الدين الذهبي ت ٧٤٨هـ) مؤسسة الرسالة/ الطبعة الأولى. تحقيق: شعيب الأرناؤط.

١٣- شجرة النور الزكية في طبقات المالكية (الشيخ محمد بن محمد مخلوف) دار الكتاب العربي عن الطبعة الأولى/ ١٣٤٩هـ.

١٤- الضعفاء الكبير (محمد بن عمرو العقيلي ت ٤٢٢هـ) دار الكتاب العلمية/ الطبعة الأولى ١٩٨٤م.

١٥- الطبقات السنية في تراجم الحنفية (تقي الدين عبد القادر التميمي الداري الغزي ت ١٠٠٥هـ) المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية (مصر)/ ١٩٧٠م. تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو.

١٦- طبقات الشافعية (جمال الدين عبد الرحمن بن الحسن الأسنوي، ت

٧٧٢هـ) مطبعة الإرشاد (بغداد)/ الطبعة الأولى ١٩٧١م. تحقيق: عبد الله الجبوري.
١٧- طبقات الشافعيةالكبرى (تاج الدين أبو النصر عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي) المطبعة الحسينية المصرية/ الطبعة الأولى ١٩٠٦م.
١٨- طبقات الفقهاء (عصام الدين أبو الخير أحمد بن مصلح الشهير بطاش كبرى زاده ت ٩٦٧هـ) مطبعة الزهراء الحديثة (الموصل)/ الطبعة الثانية ١٩٦١م.
١٩- طبقات الفقهاء (أبو اسحاق الشيرازي ت ٤٧٦هـ) دار القلم (بيروت). تصحيح: الشيخ خليل الميس.
٢٠- الطبقات الكبرى (لابن سعد) دار صادر (بيرت)/ ١٩٨٥م.
٢١- الفوائد البهية في تراجم الحنفية (أبو الحسنات محمد بن عبد الحي اللكنوي الهندي ت ١٣٠٤هـ) دار المعرفة (بيروت). بعناية: محمد بدر الدين النعساني.
٢٢- الكامل في ضعفاء الرجال (أبو أحمد عبد الله بن عدي الجرجاني ت ٣٦٥هـ) دارالفكر/ الطبعة الأولى ١٩٨٤م.
٢٣- مفتاح السعادة ومصباح السيادة في موضوعات العلوم (أحمد بن مصطفى الشهير بطاش كبرى زاده) مطبعة الإستقلال الكبرى (مصر). تحقيق: كامل كامل البكري ورفيقه.
٢٤-هدية العارفين أسماء المؤلفين والمصنفين (اسماعيل باشا البغدادي) دار الفكر/ ١٩٨٢م. مطبوع مع كشف الظنون.

ز- كتب أخرى:

١- جامع بيان العلم (يوسف بن عبد البّر النمري، ت ٤٣٦هـ) دار الفكر.
٢- العواصم من القواصم في تحقيق مواقف الصحابة (أبو بكر بن العربي، ت ٥٤٣هـ) المكتبة العلمية (بيروت). تحقيق: محب الدين الخطيب.
٣- شرح العقيدة الطحاوية (صدر الدين محمد بن علاء الدين علي بن محمد بن أبي العز الحنفي، ت ٧٩٢هـ) المكتب الإسلامي/ الطبعة السابعة ١٩٨٣م.

توضيح: زهير الشاويش.
٤- الفقيه والمتفقه (أحمد بن علي بن ثابت البغدادي المعروف بالخطيب البغدادي ت ٤٦٣هـ) دار الكتب العلمية/ الطبعة الثانية ١٩٨٠م.

ح- المعاجم والفهارس:

١- ايضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون (اسماعيل باشا بن محمد أمين بن مير سليم الباباني البغدادي) دار الفكر/ ١٩٨٢م. مطبوع مع كشف الظنون.
٢- ذخائر التراث العربي (عبد الجبار عبد الرحمن) مطبعة جامعة البصرة/ ١٩٨١م.
٣- فهرس الكتب الموجودة بالمكتبة الأزهرية إلى سنة ١٩٤٥م، مطبعة الأزهر/ ١٩٤٦م.
٤- فهرس الكتب الموجودة بدار الكتب المصرية لغاية سنة ١٩٢١م، مطبعة دار الكتب المصرية/ ١٩٢٤م.
٥- فهرس مخطوطات جامعة جستر بيتي/ الجامعة الأردنية.
٦- فهرس مخطوطات دار الكتب الظاهرية (محمد مطيع الحافظ) دار أبي بكر/ ١٩٨١م.
٧- فهرس مخطوطات دار الكتب الوطنية/ تونس.
٨- فهرس المخطوطات العربية في مكتبة الأوقاف العامة في بغداد (عبد الله الجبوري) مطبعة الإرشاد/ الطبعة الأولى ١٩٧٣م.
٩- فهرس مخطوطات مكتبة الأوقاف العامة في الموصل (سالم عبد الرؤوف أحمد) مؤسسة دار الكتاب/ جامعة الموصل/ ١٩٧٥م.
١٠- فهرس المخطوطات المصورة: معهد المخطوطات العربية للتربية والثقافة والعلوم (عبد الحفيظ منصور، وعباس عبد الله)/ الطبعة الأولى (الكويت).
١١- فهرس مخطوطات مكتبة المسجد الأقصى (خضر إبراهيم سلامة) دار الأيتام الإسلامية الصناعية/ ١٩٨٠م. مؤسسة آل البيت/ ١٩٨٣م.

١٢- كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون (مصطفى بن عبد الله القسطنطيني الرومي الحنفي المعروف بحاجي خليفة) دار الفكر/ ١٩٨٢م.
١٣- مجلة المورد العراقية، المجلد الثالث، ١٩٧٤م.
١٤- معجم لغة الفقهاء (أ. د. محمد رواس قلعه جي، د. حامد صدقي قنيبي) دار النفائس (بيروت)/ الطبعة الأولى ١٩٨٥م.

ثانياً: فهرس الموضوعات

ملخّص

معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام
تأليف أبي الحسن علاء الدين علي بن أبي البركات غرس الدين خليل الطرابلسي الحنفي (كان حياً سنة ٨٤٤هـ)

القسم الثاني من الكتاب
في أنواع البيّنات وما يتنزل منزلتها ويجري مجراها
(دراسة وتحقيق وتعليق)

١- كتاب معين الحكام من الكتب المشهورة الجامعة في علم القضاء عند الحنفية، وله علاقة وثيقة بكتاب (تبصرة الحكام) لابن فرحون المالكي، وكتاب (جامع الفصولين) لابن قاضي سماونة.

٢- ينقسم الكتاب إلى ثلاثة أقسام رئيسة هي:

الأول: مقدمات علم القضاء

الثاني: أنواع البينات وما يتنزل منزلتها ويجري مجراها

الثالث: القضاء بالسياسة الشرعية

٣- أن القسم الثاني - الذي قمت بدراسته وتحقيقه - يحتوي على واحد وخمسين باباً، يمكن إجمالها في العناوين الرئيسة التالية:

- الشهادة وفروعها المختلفة.
- اليمين والنكول عنه.
- الإقرار، والصلح.
- علم القاضي ومتعلقاته.

ملخّص

معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام
تأليف أبي الحسن علاء الدين علي بن أبي البركات غرس الدين خليل الطرابلسي الحنفي (كان حياً سنة ٨٤٤هـ)

القسم الثاني من الكتاب
في أنواع البيّنات وما يتنزل منزلتها ويجري مجراها
(دراسة وتحقيق وتعليق)

١- كتاب معين الحكام من الكتب المشهورة الجامعة في علم القضاء عند الحنفية، وله علاقة وثيقة بكتاب (تبصرة الحكام) لابن فرحون المالكي، وكتاب (جامع الفصولين) لابن قاضي سماونة.

٢- ينقسم الكتاب إلى ثلاثة أقسام رئيسة هي:

الأول: مقدمات علم القضاء

الثاني: أنواع البينات وما يتنزل منزلتها ويجري مجراها

الثالث: القضاء بالسياسة الشرعية

٣- أن القسم الثاني - الذي قمت بدراسته وتحقيقه - يحتوي على واحد وخمسين باباً، يمكن إجمالها في العناوين الرئيسة التالية:

- الشهادة وفروعها المختلفة.
- اليمين والنكول عنه.
- الإقرار، والصلح.
- علم القاضي ومتعلقاته.

- الدعوى وسير المحاكمة.

- القرائن والأمارات.

٤- وقد كان عملي في خدمة هذا الكتاب على النحو التالي:

أ- قدمت له بدراسة، بيّنت فيها موضع الكتاب في المذهب الحنفي.

ب- ضبط النص، وإخراجه بالصورة التي يريدها مصنفه.

ج- علقت عليها فقهياً بما يلزم من إستدلال، وتوضيح، وتوثيق.

د- يسرت سبيل الإستفادة من الكتـاب عن طريق وضع مجموعة في الفهارس اللازمة.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

ABSTRACT

Mo'ien Al- Hukkam Fee Mayataradad Bain Al-khasmain min Al-Ahkam: Author: Abi Al - Hassan Alla' Al-Deen Ali BinAbi Al-Barakat Ghars Al-Deen Kalil Al-Tarabulsi Al-Hanafi (was alive in 844 H)

The second part of the book

In evidence kinds and what holds its position takes its course.

(Study affirmations and commentary)

1- Mo'ien Al-Hukkam is on of the famous and comprehensive books in Al Hanafi Jurisdiction science.
   It has a close relation with Ibn Far Roun Al - Malikl's book (Tabsirat Al - Hukkam) and Ibn Qadi samawnah's book (Jami ' Al - Fusoulain)
2- The book is divided into three main sections:
   - The first: introduction of Jurisdiction Science.
   - The second: Evidence kinds, what hold, it s position and takes its course.
   - The third: jurisdiction in shariah policy.
3- The Second part which I studied and affirmed had 51 chapters which can be summed up under the following main titles:
   - Testimony and its different sections.
   - Oath and the refusal to testify in court.
   - Confession and conciliation.
   -The judges' knowledge and it's pertaining.
   - Law suit and judicial proceeding.
   - Connections and indications.
   - The judge's knowledge and its pertainings.
   - Lawsuit and judicial proceedings.

-Connections and introductions.

4- My effort in serving this book was throw:

a- Putting an introduction which shows the topic of the book in Al-Hanfis school.

b- Revising the part of the book and getting it in the required style.

c: Commenting on it juristical including evidence. Explanation and documentation.

d: Enlisting some appendixes which facilitate the use of this book.

Praise be to God.